



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 116 del 2021, proposto da Varian Medical System Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI con Morviducci S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Azienda ospedaliera Santa Maria di Terni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alarico Mariani Marini, con domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, via Mario Angeloni n. 80/B, e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di Elekta S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare dell'efficacia,

- della deliberazione del direttore generale n. 96 del 29.01.2021, comunicata a Varian Medical System Italia S.p.A. a mezzo pec in data 1.02.2021, con cui l'Azienda Ospedaliera Santa Maria di Terni ha aggiudicato alla società Elekta S.p.A. la procedura ristretta per la fornitura di un acceleratore lineare occorrente per l'attività di radioterapia oncologica – CIG 8142953165;

- di tutti gli atti e provvedimenti del procedimento, ivi inclusi i verbali di gara, e in particolare del verbale della seduta riservata del 13 novembre 2020 di valutazione delle offerte tecniche e della seduta pubblica del 20 gennaio 2021 di valutazione delle offerte economiche, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione di Elekta dalla gara;

e per la conseguente declaratoria di inefficacia del contratto, se *medio tempore* sottoscritto, e per la condanna della stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione del contratto alla ricorrente Varian Medical System S.p.A., mandataria del RTI con Morviducci S.r.l., quale seconda classificata alla procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Santa Maria di Terni e di Elekta S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore il dott. Davide De Grazia nell'udienza pubblica del giorno 27 luglio 2021, celebrata mediante collegamento in videoconferenza da remoto ai sensi dell'art. 25

del decreto legge n. 137/2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 176/2020, come da ultimo modificato dall'art. 6, co. 1, lett. e), del decreto legge n. 44/2021, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – Con deliberazione del Commissario straordinario del 13.01.2020, l'Azienda ospedaliera S. Maria di Terni indiceva la procedura ristretta per l'affidamento della fornitura di un acceleratore lineare per l'attività di radioterapia oncologica da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con importo a base di gara pari ad € 2.049.180,33.

Il capitolato speciale stabiliva all'art. 2 che l'attrezzatura oggetto dell'appalto avrebbe dovuto *«avere le caratteristiche tecniche minime ed essenziali indicate nell'«All. 1»»* ed indicava all'art. 4 i criteri di valutazione dell'offerta tecnica facendo *«salva comunque la necessaria sussistenza dei requisiti tecnici prescritti nel Capitolato di gara (all. n. 1)»*.

Nell'allegato n. 1 al capitolato la stazione appaltante indicava dunque le caratteristiche tecniche (*“minime ed essenziali?”*) dell'acceleratore lineare e stabiliva che lo stesso avrebbe dovuto essere installato all'interno del bunker già esistente, il quale non avrebbe dovuto subire modifiche se non quelle espressamente richieste dall'installazione della nuova apparecchiatura (basamenti, predisposizioni etc.) e quelle relative all'adeguamento/sostituzione dell'impianto elettrico, di quello di climatizzazione, del sistema antincendio etc.

2. – Il 19.02.2020 Elekta inviava la propria istanza di partecipazione alla gara, alla quale allegava la richiesta alla stazione appaltante di non vincolare la partecipazione

alla immodificabilità del bunker e di non considerare a pena di esclusione le caratteristiche indicate nel citato allegato n. 1 e relative a «2) *Presenza di una sezione acceleratrice dei fotoni contenuta all'interno dello stativo insieme al tubo che genera fotoni X diagnostici*» e «7) *Stativo fisso con gantry mobile e varco centrale a simmetria cilindrica assimilabile alla struttura di una CT diagnostica*» e di poter dunque offrire un acceleratore con diverse caratteristiche progettuali relativamente alla sezione acceleratrice, stativo e gantry.

3. – La stazione appaltante rispondeva alla nota da ultimo citata ribadendo l'impossibilità di modificare i criteri di minima previsti nel capitolato. Per quanto riguarda il bunker, veniva ribadita l'impossibilità di apportare allo stesso modifiche strutturali.

4. – Alla scadenza prevista dalla documentazione di gara presentavano le proprie offerte Elekta e Varian Medical System Italia S.p.A. quale mandataria del costituendo RTI con Morviducci S.r.l. (di seguito solo "Varian").

5. – All'esito della valutazione delle offerte tecniche, la commissione attribuiva a Varian 65,00 punti (riparametrati a 70,00) e a Elekta 40,80 punti (riparametrati a 43,94).

A seguito dell'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, Elekta riportava il punteggio massimo di 30,00 punti, mentre a Varian venivano assegnati 2,94 punti.

Elekta, dunque, si collocava prima in graduatoria con 73,94 punti, superando di un solo punto Varian con 72,94 punti.

6. – Con deliberazione del Direttore generale dell'Azienda ospedaliera del 29.01.2021, la gara veniva quindi aggiudicata a Elekta.

7. – Varian ha impugnato dinnanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale l'aggiudicazione disposta in favore di Elekta e ne ha chiesto l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, con conseguente declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato con la prima graduata e condanna della stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione del contratto alla stessa ricorrente.

A sostegno del ricorso, Varian ha formulato i motivi di seguito sintetizzati.

Con il primo motivo di ricorso Varian contesta la mancata esclusione di Elekta, nonostante la mancata indicazione, nell'offerta di quest'ultima, dei costi della manodopera, dovendo l'oggetto della procedura qualificarsi come fornitura con posa in opera.

Muovendo dal medesimo presupposto, con il secondo motivo la ricorrente si duole della mancata esclusione della controinteressata nonostante la mancata indicazione del costo unitario dell'attrezzatura offerta, essendosi quest'ultima limitata ad indicare l'importo offerto al netto del ribasso, oltre agli oneri per la sicurezza.

Con il terzo motivo Varian deduce che Elekta avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver presentato un'offerta difforme dalle prescrizioni tecniche minime previste dalla legge di gara in ordine alle “*modalità di emissione fotonica*”, al “*sistema di collimazione multilamellare e gantry*” ed “*imaging e IGRT*”, difformità pur riscontrate dalla commissione.

Con il quarto motivo la ricorrente deduce che l'offerta di Elekta avrebbe dovuto essere esclusa per l'ulteriore difformità, rispetto alle prescrizioni della legge di gara, costituita dalla necessità, per l'installazione dello strumento offerto dalla controinteressata, della modifica del bunker.

Con il quinto motivo Varian deduce che l'aggiudicazione in favore di Elekta violerebbe l'art. 72 del r.d. n. 827/1924, implicando l'accettazione, da parte della stazione appaltante, di un'offerta condizionata (alla possibilità di modificare il bunker nel quale la strumentazione avrebbe dovuto essere installata).

Con il sesto motivo Varian si duole dei punteggi ad essa attribuiti dalla commissione con riguardo ai parametri di valutazione concernenti il lettino di trattamento e l'*hardware* relativo al *Treatment Planning System*.

Con il settimo motivo di ricorso la società ricorrente contesta l'attribuzione dei punteggi alla controinteressata con riguardo al parametro "*Imaging e IGRT*".

8. – La stazione appaltante e la società controinteressata si sono costituite per resistere al ricorso.

9. – Alla camera di consiglio del 16 marzo 2021 la ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare.

10. – In vista della discussione del ricorso le parti hanno depositato memorie e repliche.

11. – All'udienza pubblica del 27 luglio 2021, svolta mediante collegamento in videoconferenza da remoto secondo le disposizioni richiamate in epigrafe, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

12. – Possono essere esaminati congiuntamente il primo ed il secondo dei motivi di ricorso, essendo essi accomunati dal rilievo assegnato dalla ricorrente alla qualificazione dell'oggetto della gara come mera fornitura o fornitura e posa in opera ed alle relative conseguenze in ordine alla necessità dell'esclusione della controinteressata.

12.1. – Come noto, il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016, all'art. 95, c. 10, stabilisce che «*[n]ell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)*».

12.2. – Di fronte ai dubbi interpretativi emersi con riguardo alla questione delle conseguenze della omessa indicazione dei suddetti costi, pur in mancanza di esplicita prescrizione nella legge di gara, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha chiarito che «*i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, contemplati nella direttiva 2014/24, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale [...] secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione*» (CGUE, sez. IX, 2 maggio 2019, in causa C-309/18, *Lavorgna*).

Alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia, è dunque prevalso l'orientamento secondo il quale, fatte salve le esclusioni espressamente richiamate nella disposizione sopra riportata, la mancata indicazione separata dei costi della manodopera e di quelli per la sicurezza determina l'automatica esclusione del concorrente, anche in assenza di uno specifico obbligo dichiarativo previsto

dalla *lex specialis*, dovendosi ritenere sufficientemente chiara in tal senso la previsione di cui al citato comma 10 dell'art. 95 del Codice (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3996, secondo cui la richiamata sentenza della Corte di Giustizia *«ha sancito la conformità al diritto euro-unitario sugli appalti pubblici della disposizione normativa interna, nella misura in cui essa comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio ed anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, purché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale in materia e quest'ultima sia espressamente richiamata nella medesima documentazione»*).

12.3. – La gravità delle conseguenze connesse alla mancata indicazione separata dei costi della manodopera e di quelli per la sicurezza impone peraltro un attento discrimine tra le ipotesi in cui deve ritenersi obbligatoria detta indicazione e i casi in cui tale obbligo non sussiste, come ad esempio, per quanto di rilievo ai fini del presente giudizio, le forniture senza posa in opera.

La giurisprudenza, chiamata a dirimere la questione, ha individuato il criterio discrezionale nella immediata fruibilità, da parte del destinatario, dei beni oggetto della fornitura, *«nel senso che laddove si rendano necessarie attività ulteriori – strumentali, accessorie e secondarie per loro natura – rispetto alla mera consegna del bene, l'appalto si configura come posa in opera»*.

Pertanto, l'appalto si configura come di fornitura con posa in opera quando è necessario lo svolgimento di una prestazione accessoria e strumentale rispetto a quella principale di consegna del bene e consistente in un complesso di attività necessarie al funzionamento ed all'utilizzo del bene medesimo, tali da renderlo operativo. Invece, ricorre l'ipotesi della fornitura senza posa in opera solo ove il

bene si presti ad essere utilizzato immediatamente dopo la sua consegna da qualsiasi utente, anche se privo di particolari competenze o conoscenze tecniche, richiedendosi soltanto *«una snella, semplice, agevole installazione e un altrettanto immediato semplice collaudo delle apparecchiature senza il dispendio di particolari energie lavorative di carattere manuale, che possano acquistare rilievo al punto da configurare, propriamente, una posa in opera»* (Cons. Stato, sez. III, 27 luglio 2020, n. 4764; Id., 19 marzo 2020, n. 1974; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 27 marzo 2019, n. 661; Id., sez. II, 10 dicembre 2020, n. 2471; Cons. Stato, sez. III, 9 gennaio 2020, n. 170).

Come ha precisato il Consiglio di Stato, il criterio appena evocato (fruibilità immediata dell'opera da parte dell'utilizzatore, senza esecuzione di opere ulteriori rispetto alla mera consegna del bene) deve essere misurato con l'oggetto specifico dell'appalto.

12.4. – Tanto premesso, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto e delle indicazioni contenute nella legge di gara, il collegio ritiene che l'oggetto della procedura di cui si controverte non possa qualificarsi in termini di fornitura senza posa in opera.

Diversamente dai casi esaminati dalla giurisprudenza citata dalla difesa della stazione appaltante – nei quali si controverteva della fornitura di sistemi per la gestione della fase pre-analitica della preparazione delle provette la cui installazione richiedeva *«unicamente, per il funzionamento delle etichettatrici, azioni molto semplici, come il collegamento con il cavo di alimentazione, l'azionamento dell'interruttore e un doppio click su tre icone del computer»* (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 4764/2020, cit.) e di dispositivi medici per la somministrazione di terapia inalatoria (TAR Sicilia, Catania, sez. II, 4 dicembre 2020, n. 3282) – nel caso che forma oggetto del presente giudizio, il contenuto del capitolato speciale non consente di ritenere che l'operatore aggiudicatario avrebbero potuto limitarsi a fornire l'acceleratore, dovendo invece

farsi carico di ulteriori attività di significativa complessità, strumentali ed accessorie rispetto alla consegna del bene, necessarie all'utilizzo ed al funzionamento del medesimo e tali da renderlo operativo, non essendo lo stesso immediatamente fruibile, con la sua mera consegna, da parte della stazione appaltante.

L'art. 6 del capitolato, infatti, prevedeva che, dopo la consegna dell'apparecchiatura (da effettuarsi entro quindici giorni dalla stipulazione del contratto), la stessa avrebbe dovuto essere installata (entro i successivi quindici giorni) per poi essere collaudata (entro i sessanta giorni seguenti).

L'art. 16, poi, stabiliva i termini di pagamento della fornitura, prevedendo che il venti per cento del prezzo sarebbe stato corrisposto «*all'avvenuta installazione "funzionante" della fornitura*» e che il restante ottanta per cento sarebbe stato pagato alla data di "presa consegna" dell'attrezzatura dichiarata dall'Azienda all'esito positivo del collaudo.

Come si desume dall'allegato n. 1 al capitolato speciale, l'installazione dell'acceleratore nel bunker ad esso destinato avrebbe dovuto essere effettuata previa realizzazione delle predisposizioni e adeguamento del basamento e, eventualmente, degli impianti (elettrico, climatizzazione) e del sistema antincendio, tanto da rendersi necessaria la predisposizione, a cura dell'offerente, di un progetto definitivo degli interventi sugli impianti esistenti con le piccole modifiche edili e del progetto radioprotezionistico ai fini dell'installazione.

La stessa offerente Elekta, nella relazione tecnica presentata in gara, descrive i lavori di adeguamento del bunker e degli impianti prevedendo per la loro esecuzione 58 giorni naturali e consecutivi dalla consegna delle aree, con successiva installazione dell'acceleratore entro 30 giorni dalla conclusione dei lavori.

Le circostanze appena evidenziate non consentono di ritenere che il bene oggetto della gara avrebbe potuto essere meramente fornito alla stazione appaltante per essere da quest'ultima immediatamente utilizzato, essendo invece necessarie, da parte dell'aggiudicataria, le sopra ricordate attività di installazione (previa eventuale modifica degli impianti e del basamento all'interno del bunker) affinché l'acceleratore potesse essere collaudato e messo in funzione.

12.5. – Dalla qualificazione della fattispecie in termini di fornitura con posa in opera consegue che, ai sensi dell'art. 95, c. 10, del d.lgs. n. 50/2016, i concorrenti avrebbero dovuto indicare, nelle rispettive offerte economiche, i costi della manodopera.

Elekta ha omesso di esporre detti costi nella propria scheda di offerta economica, nella quale si trova indicato il solo importo offerto al netto della percentuale di sconto, senza alcuna specificazione dei costi della manodopera, con conseguente inosservanza anche della norma della *lex specialis* che prescriveva l'indicazione del costo unitario al netto dell'IVA dell'attrezzatura offerta.

12.6. – Non può essere condiviso, poi, quanto dedotto dalla controinteressata, secondo la quale la circostanza che la *lex specialis* non prevedesse la necessità dell'indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera renderebbe scusabile l'omissione di detta indicazione da parte di Elekta, ciò che avrebbe imposto alla stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio.

Al di là del fatto che, come si è visto, l'esclusione dell'offerta per omissione dell'indicazione dei costi della manodopera senza possibilità di soccorso istruttorio è stata ritenuta dalla Corte di Giustizia conforme al diritto dell'Unione Europea anche laddove l'obbligo della separata indicazione dei suddetti oneri non sia specificato nella documentazione di gara, deve comunque rilevarsi che la mancata

attivazione del soccorso istruttorio avrebbe semmai dovuto essere censurata dalla controinteressata con ricorso incidentale, che non è stato proposto da Elekta.

12.7. – Dalle suesposte considerazioni discende l'illegittimità degli atti della stazione appaltante in relazione alla mancata esclusione di Elekta dalla gara per inosservanza dell'obbligo di cui all'art. 95, c. 10, d.lgs. n. 50/2016 e delle prescrizioni del disciplinare di gara concernenti il contenuto dell'offerta economica.

13. – Con il terzo motivo di ricorso, Varian si duole della mancata esclusione dalla gara di Elekta, nonostante la commissione avesse rilevato la difformità dell'attrezzatura offerta dalla controinteressata rispetto alle caratteristiche tecniche minime indicate nella documentazione di gara.

13.1. – Come si è visto, il capitolato speciale stabiliva all'art. 2 che l'attrezzatura oggetto dell'appalto avrebbe dovuto «*avere le caratteristiche tecniche minime ed essenziali indicate nell'«All. 1»*»; inoltre, lo stesso capitolato indicava all'art. 4 i criteri di valutazione dell'offerta tecnica facendo «*salva comunque la necessaria sussistenza dei requisiti tecnici prescritti nel Capitolato di gara (all. n. 1)*».

L'allegato n. 1 al capitolato indicava dunque le caratteristiche tecniche «*minime ed essenziali*» dell'acceleratore lineare.

All'istanza di partecipazione alla procedura di gara del 19.02.2020, Elekta aveva allegato la richiesta rivolta alla stazione appaltante di non vincolare la partecipazione alla immodificabilità del bunker e di non considerare a pena di esclusione le caratteristiche indicate nel citato allegato n. 1 relative a «2) *Presenza di una sezione acceleratrice dei fotoni contenuta all'interno dello stativo insieme al tubo che genera fotoni X diagnostici*» e «7) *Stativo fisso con gantry mobile e varco centrale a simmetria cilindrica*

assimilabile alla struttura di una CT diagnostica» e di poter dunque offrire un acceleratore con diversa scelta progettuale relativamente ai profili appena citati.

Era seguita la risposta del 7.04.2020, con cui la stazione appaltante dichiarava di non poter modificare i criteri di minima previsti nel capitolato. Detta nota di chiarimento era richiamata ed allegata anche nella lettera d'invito a presentare le offerte del 14.05.2020.

13.2. – Come risulta dai verbali della procedura, nella seduta del 13.11.2020 la commissione giudicatrice ha rilevato che, con riguardo ai parametri relativi a *«Presenza di una sezione acceleratrice dei fotoni contenuta all'interno dello stativo insieme al tubo che genera fotoni X diagnostici»* e *«Stativo fisso con gantry mobile e varco centrale a simmetria cilindrica assimilabile alla struttura di una CT diagnostica»*, l'acceleratore offerto da Elekta possiede caratteristiche diverse rispetto a quelle prescritte nell'allegato n. 1 del capitolato.

La stessa considerazione deve farsi con riguardo al parametro *«Imaging e IGRT»*, per il quale l'allegato n. 1 del capitolato prescriveva che *«[l'apparecchiatura dev'essere dotata di un sistema integrato nello stativo composto da un tubo radiogeno e da detettori»*, mentre la commissione, nella stessa seduta sopra indicata, ha rilevato che lo strumento offerto da Elekta prevede *«un sistema di imaging retrattile motorizzato, “non integrato nello stativo” sia in posizione di parcheggio che in posizione operativa»*.

13.3. – Sennonché, la commissione giudicatrice, anziché rilevare che per i succitati parametri l'apparecchiatura offerta da Elekta non possiede le caratteristiche tecniche richieste dalla stessa stazione appaltante, nell'allegato n. 1 del capitolato, come *“minime ed essenziali”*, con la conseguente esclusione dell'offerta dell'odierna controinteressata, ha proceduto alla valutazione delle caratteristiche

dell'acceleratore di Elekta, assegnando il giudizio di “*insufficiente*” in relazione ai primi due parametri sopra citati e di “*sufficiente*” per il terzo.

13.4. – Gli atti della stazione appaltante risultano, per la parte adesso in esame, illegittimi, perché si pongono in contrasto con i criteri ai quali la stessa Amministrazione si era autovincolata in relazione alle caratteristiche dalla stessa ritenute “minime ed essenziali”.

Come ritenuto dalla giurisprudenza, infatti, *«le esigenze di trasparenza e legalità degli appalti pubblici comportano che la stazione appaltante, una volta individuato con precisione l'oggetto del contratto, si autovincola ad esso, nel senso che non può poi – in sede di valutazione delle offerte – modificarne (in senso ampliativo o riduttivo) il contenuto e le finalità, che non a caso vengono precedentemente cristallizzate nella lex specialis di gara; né il sindacato svolto dal giudice amministrativo può tradursi in una valutazione di merito o, comunque, in una scelta tra due o più opzioni valutative egualmente legittime»* (Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4683).

Infatti, *«quando l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni»* (cfr. Cons Stato, sez. III, 30 settembre 2020, n. 5746; Id., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502).

L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a sé medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e

impregiudicata discrezionalità, favorire l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. «*La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentale finalizzata alla par condicio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti*» (Cons. Stato, sez. III, n. 5746/2020, cit.).

Né a diversa conclusione può condurre il principio di equivalenza evocato dalle parti resistenti. Infatti, se anche il prodotto offerto possedesse caratteristiche migliorative rispetto a quelle descritte nella *lex specialis*, la scelta operata dall'Amministrazione nella qualificazione di determinate caratteristiche come "minime ed essenziali" comporta comunque per la stessa stazione appaltante un autovincolo rispetto alla scelta di quelle soluzioni tecniche e non lascia margine per optare, in sede di procedimento, per scelte diverse e non preventivamente prese in considerazione (Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 2012, n. 2251).

Ad ogni modo, è l'offerente ad essere onerato della prova che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche, in modo da mettere la stazione appaltante nelle condizioni di svolgere una verifica effettiva e proficua della dichiarata equivalenza. Nel caso di specie, non può ragionevolmente sostenersi che la commissione giudicatrice, per i primi due parametri sopra ricordati, abbia ritenuto le caratteristiche dell'acceleratore offerto da Elekta equivalenti a quelle richieste dalla *lex specialis*, dal momento che per essi l'organo di gara ha espresso giudizi di insufficienza motivati proprio dalla difformità rispetto alle caratteristiche tecniche di minima previste dal capitolato, salvo poi, come si è visto, non farne seguire l'esclusione della controinteressata.

13.5. – Solo per inciso, deve rilevarsi che, nella memoria del 12.03.2021, la controinteressata contesta le valutazioni riservate dalla commissione alla propria offerta in relazione ai parametri adesso in discussione.

Dette doglianze non possono essere esaminate, non avendo Elekta proposto ricorso incidentale in relazione ad esse.

13.6. – Alla luce delle suesposte considerazioni, gli atti della stazione appaltante devono essere ritenuti illegittimi nella parte in cui, pur avendo rilevato la difformità delle caratteristiche dell'acceleratore offerto da Elekta rispetto alle caratteristiche tecniche “*minime ed essenziali*” indicate nell'allegato n. 1 del capitolato, non ne ha fatto conseguire l'esclusione della stessa controinteressata.

14. – I motivi di ricorso quarto e quinto formulati da Varian riguardano la modifica del bunker proposta da Elekta nella propria offerta tecnica.

14.1. – Deve ricordarsi che, nell'allegato n. 1 del capitolato, contenente le caratteristiche dello strumento che la stessa legge di gara considerava minime ed essenziali, la stazione appaltante aveva stabilito che l'acceleratore avrebbe dovuto essere installato all'interno del bunker già esistente, che non avrebbe dovuto subire modifiche se non quelle espressamente richieste dall'installazione della nuova apparecchiatura (basamenti, predisposizioni etc.) e quelle relative all'adeguamento/sostituzione dell'impianto elettrico, di quello di climatizzazione, del sistema antincendio etc.

In occasione della presentazione della propria istanza di partecipazione alla gara, Elekta aveva chiesto alla stazione appaltante di non vincolare la partecipazione alla procedura alla immutabilità del bunker.

La stazione appaltante aveva risposto ribadendo l'impossibilità di apportare modifiche strutturali al bunker già esistente. Quest'ultima nota di risposta era poi richiamata ed allegata nella lettera d'invito a presentare le offerte del 14.05.2020.

14.2. – Ciononostante, l'offerta tecnica di Elekta prevede, oltre ai lavori di adeguamento degli impianti del bunker, anche modifiche di quest'ultima struttura, analiticamente descritte in apposita relazione tecnica allegata all'offerta, e consistenti, tra le altre, in opere di demolizione parziale di pareti in cemento armato esistenti all'interno del bunker (tratto parete labirinto e parete area Gantry) ed in opere di demolizione parziale da eseguire all'interno del corridoio di collegamento con il nuovo reparto di Radioterapia confinante con il bunker.

14.3. – Le difese delle parti resistenti ridimensionano la rilevanza delle opere edili proposte nell'offerta tecnica di Elekta, sottolineando che si tratterebbe di piccole opere, consistenti nello "smusso" di pareti non portanti.

La legge di gara, però, era formulata in termini tali da precludere la possibilità di eseguire opere di modifica della struttura del bunker, senza che la circostanza che dette opere intervenissero o meno su elementi portanti assumesse rilevanza.

Dalla documentazione presentata in gara da Elekta risulta evidente che l'offerta di quest'ultima, per l'installazione dello strumento offerto, prevede la demolizione (e non lo "smusso") di una parete in cemento armato (si veda la sezione YY della documentazione progettuale presentata dalla controinteressata, che riporta chiaramente una parete in calcestruzzo di colore giallo, cui corrisponde in legenda la voce "demolito").

14.4. – Anche con riguardo al profilo adesso in esame, deve dunque ritenersi che la stazione appaltante, non escludendo l'offerta formulata da Elekta, è venuta meno all'autovincolo posto con il capitolato speciale, ribadito nella risposta alla richiesta

formulata dalla stessa controinteressata in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura e poi richiamato nella lettera di invito ad offrire.

L'offerta formulata da Elekta, nella parte in cui contempla la modifica del bunker nonostante le prescrizioni appena ricordate, si configura come offerta condizionata (all'accoglimento, da parte della stazione appaltante, della richiesta di acconsentire le opere di modifica della struttura), con conseguente violazione dell'art. 72 del r.d. n. 827/1924, oltre che del disciplinare di gara allegato alla lettera di invito, nella parte in cui non consentiva la presentazione di offerte vincolate a clausole modificative delle condizioni generali o speciali di gara.

14.5. – Anche i motivi quarto e quinto sono dunque fondati.

15. – L'accoglimento dei primi cinque motivi di ricorso, relativi alla mancata esclusione, per le ragioni che si sono sopra indicate, dell'offerta di Elekta, determina l'assorbimento dei motivi sesto e settimo, con i quali la società ricorrente ha contestato l'assegnazione alla propria offerta dei punteggi relativi ai parametri concernenti il lettino di trattamento e l'*hardware* relativo al *Treatment Planning System* e l'attribuzione alla controinteressata dei punteggi relativi al parametro "*Imaging e IGRT*".

16. – In conclusione, per le ragioni sopra esposte, il ricorso di Varian Medical System Italia S.p.A. deve essere accolto, con conseguente annullamento, nei sensi sopra indicati, dell'aggiudicazione disposta in favore di Elekta ed accoglimento della domanda di Varian volta ad ottenere, previa declaratoria di inefficacia del contratto ove *medio tempore* stipulato, la reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione del contratto.

17. – Le spese devono essere poste a carico della stazione appaltante soccombente nella misura liquidata in dispositivo, mentre nei confronti della società controinteressata se ne può disporre la compensazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

- annulla il provvedimento impugnato;
- dichiara l'inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato;
- condanna la stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione del contratto alla ricorrente Varian Medical System Italia S.p.A, mandataria del costituendo RTI con Morviducci S.r.l.

Condanna l'Azienda ospedaliera Santa Maria di Terni al pagamento in favore della società ricorrente delle spese di lite, che liquida nella misura di € 3.500,00 (euro tremilacinquecento/00) oltre oneri ed accessori di legge; compensa le spese nei confronti della controinteressata.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 27 luglio 2021, svolta mediante collegamento in videoconferenza da remoto secondo le disposizioni richiamate in epigrafe, con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Enrico Mattei, Consigliere

Davide De Grazia, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Davide De Grazia

Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI