

## Il concorrente può aumentare le sue chance di aggiudicazione proponendo più soluzioni alternative?

di Jacopo Recla

Data di pubblicazione: 18-6-2020

*Il principio di unicità dell'offerta e il conseguente divieto di presentare una offerte plurime o alternative è finalizzato ad evitare che un (solo) concorrente possa aumentare le sue probabilità di aggiudicazione. La formulazione di proposte diverse e alternative nell'ambito dell'offerta può essere al più prevista dalla lex specialis quale facoltà concessa a tutti i concorrenti.*

*Conforme: TAR Piemonte, Sez. I, 11 febbraio 2019, n. 193; TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 5 febbraio 2019, n. 122.*

### Guida alla lettura

Nella recente pronuncia del 25 maggio 2020, n. 928, la Sezione Seconda del TAR Lombardia – Milano ha esaminato il principio di unicità dell'offerta, chiarendo che da esso discende l'impossibilità per un (solo) concorrente di presentare una pluralità di proposte progettuali.

### Il caso oggetto di pronuncia.

Nel caso di specie, la ricorrente aveva partecipato alla procedura aperta per la “fornitura mediante noleggio di sistemi analitici completi per indagini di immunoematologia eritrocitaria”.

In particolare, la *lex specialis* richiedeva di indicare nell'offerta una “proposta organizzativa globale ottimale e/o ottimizzabile relativa all'inserimento ed utilizzo tecnico della strumentazione e dei relativi reagenti nell'ambito della realtà SIMT”, attribuendo ad essa un massimo di 7 punti.

Ebbene, la ricorrente ha presentato quattro distinte “proposte organizzative” e per tale ragione la stazione appaltante l'ha esclusa dalla procedura di gara, richiamando l'espressa previsione della *lex specialis* secondo cui ciascun offerente poteva “indicare una sola offerta e non saranno ammesse offerte alternative, pena l'esclusione della gara”.

Prima di adire il TAR, la ricorrente aveva anche presentato un'istanza di annullamento in

autotutela del provvedimento di esclusione, sostenendo che le diverse soluzioni tecniche proposte costituirebbero una “miglioria”, e non una variante agli elementi essenziali dell’offerta.

### **I principi in materia di offerte alternative.**

La pronuncia del TAR si fonda sul richiamo al principio di unicità dell’offerta, disciplinato dall’art. 32, comma 4 D.Lgs. 50/2016, in virtù del quale ciascun operatore economico può presentare una sola offerta, articolata in una proposta tecnica e in una proposta economica.

E tale principio trova la sua *ratio* nell’esigenza di assicurare la *par condicio* tra i concorrenti, in quanto la possibilità di presentare una pluralità di proposte attribuirebbe ad un operatore economico una posizione di vantaggio, avendo maggiori possibilità di ottenere l’aggiudicazione.

Al contrario, dovendo presentare un’unica offerta, ciascun concorrente si assume il rischio di una scelta di ordine tecnico, che comporta inevitabilmente una limitazione delle possibilità di vittoria (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 14 settembre 2010, n. 6695; TAR Piemonte, Sez. I, 11 febbraio 2019, n. 193).

### **La differenza tra migliorie e proposte alternative.**

In particolare – in replica alla tesi della ricorrente, volta a qualificare le diverse soluzioni progettuali quali semplici “migliorie” - il TAR ha affermato che *“la proposta organizzativa costituisce quindi una parte dell’offerta tecnica, oggetto di valutazione autonoma rispetto ai singoli macchinari forniti”*, tanto da necessitare un preventivo sopralluogo.

E, soprattutto, ha rilevato che non esiste un “progetto” messo a base di gara rispetto al quale il concorrente può formulare appunto varianti o migliorie.

Di conseguenza, nel caso di specie non si pone nemmeno il tema di distinguere tra le due fattispecie (varianti e migliorie) in quanto è la formulazione stessa del “progetto” - *i.e.* la “proposta organizzativa” - a costituire oggetto della gara.

Pertanto, il concorrente non può indicare (quattro) proposte alternative, pena la presentazione di un’offerta alternativa o quantomeno indeterminata, non essendo tra l’altro le quattro soluzioni nemmeno gradate tra loro.

### **La decisione del TAR.**

Alla luce delle considerazioni sopra richiamate, il TAR ha concluso per la legittimità del provvedimento di esclusione evidenziando che la presentazione di quattro distinte proposte organizzative ha di fatto accresciuto le *chance* di aggiudicazione del concorrente.

Al tempo stesso la sentenza ha affermato che in linea di principio le stazioni appaltanti potrebbero prevedere la facoltà di proporre soluzioni alternative purché questa sia indicata

(espressamente) nella *lex specialis* di gara, ammettendola così per tutti i partecipanti.

Come detto, nel caso posto all'attenzione del TAR il disciplinare di gara prevedeva – al contrario - un espresso divieto, a pena di esclusione, di presentare una pluralità di offerte, sufficiente dunque di per sé ad essere posto a fondamento del (legittimo) provvedimento di esclusione.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2660 del 2019, proposto da Ortho-Clinical Diagnostics Italy s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Pettinelli, Alice De Martin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio dell'avv. Paolo Pettinelli in Milano, via Andegari, 15;

***contro***

Fondazione IRCCS Istituto Nazionale Tumori, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Adriano Pilia, Marco Luigi Di Tolle, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Bio-Rad Laboratories s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pier Francesco Federici, Francesco Goisis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

- del provvedimento di esclusione della società Ortho Clinical Diagnostics Italy dalla procedura di gara assunto nella seduta riservata della Commissione Giudicatrice del 28.10.2019;

- della comunicazione della esclusione a firma del RUP, dott. Vito Ostello, del 31.10.2019;
- del verbale della seduta riservata del 28.10.2019;
- della comunicazione di rigetto di intervento in autotutela e di conferma della esclusione a firma del RUP, dott. Vito Ostello del 6.11.2019;
- della ulteriore comunicazione n. 1.6.03/72-2019 del 19.11.2019 a firma del RUP, dott. Vito Ostello, nella parte in cui rigetta la istanza di intervento in autotutela e conferma l'esclusione della società Ortho dalla procedura di gara;
- della determinazione n. 105-PRO-2019 del 19.11.2019 a firma del Dirigente della S.C. Provveditorato della Fondazione, dottoressa Silvia Sansone, di approvazione dei verbali di gara di aggiudicazione definitiva della procedura alla società Bio-Rad Laboratories s.r.l.;
- di ogni atto preordinato, conseguente e comunque connesso o presupposto benché non conosciuto ivi compreso dell'eventuale contratto stipulato con la aggiudicataria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione IRCCS Istituto Nazionale Tumori e di Bio-Rad Laboratories s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza del giorno 28 aprile 2020 la dott.ssa Laura Patelli, tenutasi senza discussione orale e mediante collegamento da remoto in audioconferenza, ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. legge n. 27/2020), come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con determinazione del 13 giugno 2019, la Fondazione IRCCS - Istituto Nazionale dei Tumori indicava la *“procedura aperta in forma aggregata per la fornitura mediante noleggio di sistemi analitici completi per indagini di immunoematologia eritrocitaria in automazione mediante tecnica di agglutinazione su microcolonna e materiale di consumo occorrenti alla Fondazione IRCCS Istituto Nazionale dei Tumori (ente capofila) e all'ASST Melegnano Martesana, per un periodo di 5 anni”*.

La legge di gara stabiliva che l'appalto, per un importo complessivo a base d'asta di € 1.103.500,00 oltre IVA, venisse aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mediante attribuzione di 70 punti massimi per l'elemento qualitativo e 30 per quello economico.

2. Presentavano la propria offerta Ortho-Clinical Diagnostics Italy s.r.l. e Bio-Rad Laboratories s.r.l.

Dopo l'analisi della documentazione amministrativa, si apriva la fase di verifica delle offerte tecniche, svoltesi nelle sedute del 2, 7 e 28 ottobre 2019. In particolare, in tale ultima seduta (cfr. doc. 6 della ricorrente) la commissione giudicatrice riesaminava la relazione tecnica presentata dalla Ortho, nella quale riscontrava *“la presenza, soltanto per la Fondazione, di n. 4 soluzioni alternative, al fine di organizzare gli spazi a disposizione del personale, grazie alle strumentazioni proposte”*; considerato che *“a pag. 6 del Disciplinare di gara è stato chiaramente riportato che ‘in ossequio al principio di buon andamento e al principio della par condicio fra i concorrenti, ciascun offerente dovrà indicare una sola offerta e non saranno ammesse offerte alternative, pena l'esclusione della gara’*”, il Responsabile Unico del Procedimento disponeva quindi, nella medesima seduta, l'esclusione della società *“per la violazione del principio dell'unicità dell'offerta che impone ai partecipanti alle gare di presentare un'unica proposta tecnica ed economica [...] al fine di garantire l'effettiva par condicio dei concorrenti e far emergere la migliore offerta nella gara”*.

La Commissione procedeva pertanto all'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica del solo concorrente rimasto, società Bio-Rad.

L'esclusione veniva poi comunicata alla società Ortho, a mezzo pec, con nota del 31 ottobre 2019, nella quale si riportava la medesima motivazione presente nel verbale della seduta e sopra trascritta (v. doc. 8 della ricorrente).

3. In data 5 novembre 2019, la società presentava un'istanza di annullamento in autotutela (doc. 9), assumendo l'illegittimità del provvedimento di esclusione, e ciò in quanto le soluzioni tecniche proposte in gara non avrebbero costituito una variante agli elementi essenziali dell'offerta, bensì unicamente una miglioria; la società rappresentava in particolare che si trattava di *“un modulo tecnico che consent[iv]a all'ente di allocare la soluzione tecnica della concorrente ove ritenuta più utile”*.

L'istanza veniva respinta con provvedimento del 7 novembre 2019, nel quale la stazione appaltante precisava che *“il disciplinare di gara prevedeva espressamente tra gli elementi di valutazione una ‘Proposta organizzativa globale ottimale e/o ottimizzabile relativa all'inserimento ed utilizzo tecnico della strumentazione e dei relativi reagenti nell'ambito della SIMT...’ (max 7 punti)”* e che *“l'ottimizzazione degli spazi e delle attività del personale, pertanto, rappresentava, all'interno della proposta organizzativa, un elemento di valutazione a cui la commissione non ha potuto attribuire alcun punteggio a causa della presenza di n. 4 soluzioni alternative”* (doc. 10 della ricorrente).

Anche la successiva istanza di autotutela del 15 novembre 2019 (doc. 12) veniva respinta

dalla stazione appaltante in data 19 novembre 2019, con motivazione analoga alla precedente (v. doc. 13 della ricorrente), evidenziandosi ulteriormente che la documentazione di gara prevedeva una specifica voce per la valutazione delle “*caratteristiche migliorative*” (con attribuzione di 3 punti), diversa dall’elemento di valutazione dell’offerta consistente nella proposta organizzativa di ottimizzazione degli spazi, proposta appunto formulata dalla concorrente solo attraverso l’indicazione di 4 soluzioni alternative.

4. Con la medesima nota del 19 novembre 2019, la Fondazione comunicava poi alla società Ortho che la fornitura era stata aggiudicata alla Bio-Rad Laboratories s.r.l. con determinazione n. 105 del 19 novembre 2019.

5. Avverso il provvedimento di esclusione, i provvedimenti di rigetto delle istanze di autotutela, nonché la determina di aggiudicazione, la società Ortho ha proposto il ricorso in epigrafe, contestando la legittimità del provvedimento di esclusione e, in via derivata, di quello di aggiudicazione, nonché chiedendo il risarcimento del danno in forma specifica e, in subordine, per equivalente.

6. Si sono costituite in giudizio, per resistere al ricorso, la stazione appaltante Fondazione IRCCS Istituto Nazionale dei Tumori, in data 8 gennaio 2020, e la controinteressata Bio-Rad Laboratories s.r.l., in data 28 marzo 2020.

7. Ad esito dell’udienza camerale del 10 gennaio 2020, con ordinanza n. 30/2020, è stata respinta la domanda di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati, per assenza del requisito della estrema gravità ed urgenza di cui all’art. 119, comma 4, cod. proc. amm., ed è stata fissata l’udienza di merito.

8. All’udienza del 28 aprile 2020, così fissata, tenutasi senza discussione orale e mediante collegamento da remoto in audioconferenza, ai sensi dell’art. 84, commi 5 e 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, la causa è stata trattenuta in decisione, su conforme istanza di tutte le parti costituite (“note di udienza” della Fondazione del 24 aprile 2020 e “istanze di decisione sugli scritti” di ricorrente e controinteressata del 27 aprile 2020).

## DIRITTO

1. Viene sottoposto al vaglio di legittimità di questo Tribunale il provvedimento di esclusione della società Ortho dalla gara sopra indicata, unitamente ai provvedimenti di rigetto dell’istanza di autotutela e alla determina di aggiudicazione definitiva della fornitura.

2. In via preliminare, viste le istanze di remissione in termini della ricorrente e della controinteressata, depositate rispettivamente il 7 e 10 aprile 2020, si deve dare atto dell’ammissibilità dei documenti, delle memorie e delle memorie di replica depositate dalle parti in vista dell’udienza del 28 aprile 2020, essendo state tutte prodotte nel rispetto dei termini di venti, quindici e dieci giorni liberi prima dell’udienza di trattazione della controversia (fissata al 28 aprile 2020), secondo il disposto degli artt. 73, comma 1, e 119, comma 2, cod. proc. amm.

È vero che, a norma dell'art. 84, comma 1, del decreto legge n. 18 del 2020, tutti i termini processuali sono sospesi dall'8 marzo al 15 aprile 2020, e che i suindicati documenti e memorie sono stati in parte depositati nel periodo di sospensione; tuttavia, il legislatore (art. 84, comma 5) ha inteso riservare alle parti l'iniziativa del rinvio della trattazione della causa per l'impossibilità di svolgere le loro difese nell'arco temporale considerato dalla normativa emergenziale (*"Il giudice, su istanza proposta entro lo stesso termine dalla parte che non si sia avvalsa della facoltà di presentare le note, dispone la rimessione in termini in relazione a quelli che, per effetto del secondo periodo del comma 1, non sia stato possibile osservare e adotta ogni conseguente provvedimento per l'ulteriore e più sollecito svolgimento del processo"*), sull'evidente presupposto che la disciplina della "sospensione dei termini" in tal modo introdotta risponde soltanto all'esigenza di tutela di quanti sono stati gravemente ostacolati nel loro agire dall'epidemia sanitaria in atto. Pertanto, se tutte le parti costituite sono state in grado di presentare memorie e di replicare a quelle avversarie – anche con le "brevi note" depositabili fino a due giorni liberi prima dell'udienza –, o hanno liberamente scelto di non produrre ulteriori memorie o documenti, senza chiedere la rimessione in termini, ne deriva che la rinuncia a fruire del beneficio della "sospensione dei termini" risulta insita nella loro condotta e, di conseguenza, non sussistono ostacoli giuridici alla regolare celebrazione dell'udienza "sulla base degli atti depositati".

Ciò posto, la circostanza che tutte le parti del giudizio abbiano svolto le proprie difese e abbiano chiesto la decisione della causa sulla base degli scritti, in conformità al disposto dell'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020, seppur in assenza delle "brevi note" di cui al secondo periodo del medesimo comma 5, rende esaminabili gli atti depositati senza necessità di autorizzazione del Collegio.

3. Passando ora all'esame del merito, il ricorso, articolato in quattro motivi, è infondato.

4. I vizi di legittimità dedotti muovono dal presupposto che l'offerta della società ricorrente fosse rispettosa del principio di unicità dell'offerta, dovendosi invero qualificare le soluzioni progettuali proposte quali migliorie tecniche, anziché come offerte alternative. In ragione della trasversalità del tema rispetto alle censure sollevate e in conformità al canone redazionale di cui all'art. 120, comma 10, cod. proc. amm., l'argomentazione deve essere trattata unitariamente.

4.1. L'articolo 32, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevede che *"ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta"*.

Il principio di unicità dell'offerta, che impone agli operatori economici di presentare una sola proposta tecnica e una sola proposta economica, al fine di conferire all'offerta un contenuto certo ed univoco, è posto a presidio – da un lato – del buon andamento, dell'economicità e della certezza dell'azione amministrativa, per evitare che la stazione appaltante sia costretta a valutare plurime offerte provenienti dal medesimo operatore economico, tra loro incompatibili, e che perciò venga ostacolata nell'attività di individuazione della migliore offerta, e – dall'altro – a tutela della *par condicio* dei concorrenti, poiché la pluralità delle proposte attribuirebbe all'operatore economico maggiori possibilità di ottenere l'aggiudicazione o comunque di ridurre il rischio di vedersi collocato in posizione deteriore, a scapito dei concorrenti fedeli che

hanno presentato una sola e univoca proposta corrispondente alla prestazione oggetto dell'appalto, alla quale affidare la loro unica ed esclusiva *chance* di aggiudicazione. La presentazione di un'unica offerta capace di conseguire l'aggiudicazione, infatti, è il frutto di un'attività di elaborazione nella quale ogni impresa affronta il rischio di una scelta di ordine tecnico, che la stazione appaltante rimette alle imprese del settore, ma che comporta una obiettiva limitazione delle possibilità di vittoria (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 14 settembre 2010, n. 6695; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 11 febbraio 2019, n. 193).

Alla luce di quanto sopra, dunque, la possibilità di presentare una pluralità di offerte o offerte alternative, comportando l'opportunità di sfruttare una pluralità di opzioni, non potrebbe mai essere accordata o riservata ad una sola impresa concorrente, ma dovrebbe comunque essere garantita a tutte le partecipanti in nome della *par condicio* e, pertanto, prevista e regolata nella *lex specialis*.

Per l'ipotesi di violazione del principio dell'unicità dell'offerta, nel caso di specie, l'art. 5 del disciplinare di gara – che non è stato impugnato – prevedeva espressamente la sanzione espulsiva (*“in ossequio al principio di buon andamento e al principio della par condicio fra i concorrenti, ciascun offerente dovrà indicare una sola offerta e non saranno ammesse offerte alternative, pena l'esclusione dalla gara”*).

4.2. Proprio alla luce della *lex specialis*, occorre esaminare l'offerta presentata dalla ricorrente, al fine di cogliere la natura dell'offerta, se cioè sia consistita in varie proposte alternative, come ritenuto dalla stazione appaltante, o in mere miglorie, come invece ritenuto dalla ricorrente.

L'articolo 1 del disciplinare di gara (doc. 3 della Fondazione) individua l'oggetto dell'appalto nella *“fornitura mediante noleggio di sistemi analitici completi per indagini di immunoematologia eritrocitaria mediante tecnica di agglutinazione su microcolonna e materiale di consumo per un periodo di 5 anni”*.

L'articolo 5 del disciplinare prevede l'attribuzione di un punteggio massimo di 70 punti per la valutazione degli elementi tecnico-qualitativi dell'offerta, elencati in 5 aree logiche, denominate *“strumentazione”*, *“software”*, *“reagenti”*, *“assistenza tecnica”* e *“caratteristiche migliorative”*.

Con riferimento specifico alla strumentazione, il medesimo articolo del disciplinare prevede, da un lato, l'indicazione in offerta di una *“proposta organizzativa globale ottimale e/o ottimizzabile relativa all'inserimento ed utilizzo tecnico della strumentazione e dei relativi reagenti nell'ambito della realtà SIMT [Servizio di Immunoematologia e Medicina Trasfusionale] che consideri la relazione e l'impatto con le risorse ambientali, strutturali, con la strumentazione già presente (es. congelatori, frigo emoteca etc) e quelle umane disponibili”* – attribuendo alla voce 7 punti – e, dall'altro lato, indica tutta la strumentazione oggetto di fornitura e le relative caratteristiche, attribuendo autonomi punteggi per detti elementi.

Inoltre, il medesimo articolo, separatamente dalla voce relativa alla proposta organizzativa, contempla la proposta di eventuali caratteristiche migliorative, prevedendo la possibile



attribuzione di tre punti.

Come si è già evidenziato, l'articolo 5 sanziona poi con l'esclusione dalla gara l'ipotesi di presentazione di più di un'offerta o di offerte alternative.

Nel capitolato tecnico (doc. 4 della Fondazione) si precisa ancora, all'articolo 1, che *“si richiede la presentazione di un progetto completo sia organizzativo che operativo relativo alla fornitura”* e si dispone (articolo 3) l'effettuazione di un sopralluogo obbligatorio presso i locali nei quali dovranno essere installate le apparecchiature.

Dal quadro così delineato, emerge chiaramente che oggetto dell'appalto non sia la mera fornitura di macchinari, bensì anche la predisposizione di una proposta organizzativa per la migliore integrazione degli stessi nell'ambiente già in uso, nonché per l'utilizzo più efficiente da parte del personale. Non a caso, dovendo formularsi una proposta organizzativa che tenga conto dell'attuale strumentazione e delle risorse umane disponibili, è previsto un sopralluogo obbligatorio per gli offerenti. La proposta organizzativa costituisce quindi una parte dell'offerta tecnica, oggetto di valutazione autonoma rispetto ai singoli macchinari forniti, e non è assolutamente sovrapponibile alla voce delle migliorie identificabili, per definizione, in elementi aggiuntivi, non richiesti dall'oggetto dell'appalto.

4.3. Nel caso di specie, Ortho Diagnostics ha presentato nell'offerta tecnica (doc. 17 della Fondazione) una proposta organizzativa formulata nei seguenti termini: dopo aver dato conto del sopralluogo effettuato e degli sprechi individuati, sono stati individuati, quali elementi da ottimizzare, la “zona di distribuzione del sangue” e la luce della stanza “BB37” e, *“al fine di migliorare gli spazi a disposizione e le attività del personale, Ortho Clinical Diagnostics Italy s.r.l. grazie alle strumentazioni proposte mette a disposizione quattro possibili soluzioni alternative di seguito illustrate e descritte”*. La proposta contiene poi quattro diverse soluzioni organizzative, denominate “soluzione n. 1”, 2, 3 e 4, nelle quali si prevede la fornitura di alcuni macchinari Ortho Vision e, per ognuna di esse, diverse dislocazioni dei macchinari medesimi, nonché dei tavoli di lavoro, armadi e macchinari già esistenti, al dichiarato fine, ora di valorizzare la luce naturale proveniente dalle finestre, ora di separare le attività di distribuzione del sangue da quelle del laboratorio di immunoematologia. Le soluzioni, inoltre, non sono indicate secondo un ordine di preferibilità, bensì di ciascuna di esse si evidenziavano unicamente gli aspetti positivi, diversi per ogni proposta.

Avuto riguardo all'oggetto della gara (che, come si è detto, comprende non solo la fornitura ma anche la formulazione di una proposta organizzativa globale), alla modalità di assegnazione dei punteggi per i vari elementi dell'offerta tecnica (7 punti per la proposta organizzativa) e ai termini di formulazione della proposta di Ortho, non residuano dubbi in ordine al fatto che – come correttamente rilevato dalla stazione appaltante – l'offerta della società ricorrente sia costituita da una serie di plurime offerte, alternative e tra loro incompatibili.

In sostanza, la previsione di quattro proposte organizzative – in luogo di una – avrebbe consentito alla ricorrente, se non esclusa, di accrescere le *chance* di aggiudicazione e minimizzare il rischio di insuccesso, così che l'elemento in questione avrebbe potuto

conseguire il punteggio massimo previsto con riferimento, indifferentemente, a una delle molteplici soluzioni progettuali proposte, a differenza dei concorrenti affidatisi a un'unica soluzione organizzativa dopo aver assunto su di sé il rischio di determinare quale fosse effettivamente la migliore soluzione proponibile.

4.4. La commissione di gara ha, pertanto, legittimamente escluso l'offerta tecnica della ricorrente per eliminare in radice ogni rischio di violazione della *par condicio* dei partecipanti, in quanto la stessa ha presentato un'offerta con quattro diverse opzioni, moltiplicando così la possibilità di incontrare il massimo gradimento da parte della commissione giudicatrice. Tale tipologia di offerta non è tuttavia conforme alla legge di gara con la quale si chiede, tra l'altro, di individuare le soluzioni migliori per l'organizzazione degli spazi, rimettendole esclusivamente al merito imprenditoriale.

4.5. Inoltre, deve essere chiarito che la questione rilevante nella specie non è se sia consentito ai partecipanti a una gara presentare soluzioni migliorative rispetto a un progetto posto a base

di gara (sulla distinzione tra varianti non consentite e miglioramenti ammessi, cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 8 ottobre 2019, n. 6793). Nel caso di specie, non vi è infatti un progetto definito dalla legge di gara (in ordine al quale valutare gli scostamenti in termini di migliorie o varianti), bensì la formulazione medesima del progetto è oggetto della gara, sicché la presentazione di quattro soluzioni progettuali rende, necessariamente, l'offerta plurima e, in assenza di graduazione delle opzioni, anche indeterminata.

5. Alla luce delle suesposte considerazioni, tutti i motivi di gravame dedotti da parte ricorrente avverso la propria esclusione dalla gara sono infondati.

5.1. Segnatamente, con il primo motivo di censura, rubricato "*violazione di legge per violazione della lex specialis; dell'articolo 32 del d.lgs. 50 del 2016 e del principio dell'unicità della offerta*", si deduce che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente qualificato l'offerta come una serie di proposte alternative; invece, la società avrebbe presentato un'unica offerta conforme all'oggetto di gara, offrendo la fornitura sempre dei medesimi beni, seppur con collocazione spaziale diversa degli stessi nelle quattro soluzioni individuate. Tale ultimo elemento rappresenterebbe solo una variante migliorativa, non incidente sugli elementi essenziali dell'offerta, individuati dalla ricorrente in prezzi, tempi, caratteristiche dei beni e tempi di consegna.

Il motivo è infondato, alla luce delle argomentazioni già svolte sopra, con particolare riferimento all'oggetto del contratto, non costituito da una mera fornitura – come erroneamente asserito dal ricorrente – bensì anche dalla predisposizione di un "*progetto completo sia organizzativo che operativo*".

5.2. Per le stesse ragioni, non è fondato il secondo motivo di ricorso, con il quale si deduce che la commissione giudicatrice avrebbe confuso le migliorie proposte dalla Ortho con gli elementi costitutivi ed essenziali dell'offerta.

5.3. Il terzo motivo, con il quale la società ricorrente deduce che l'offerta non avrebbe potuto

essere nemmeno esclusa per genericità, è inammissibile poiché irrilevante. Una volta accertata la legittimità del provvedimento di esclusione, motivata sulla violazione del principio di unicità dell'offerta stabilito dall'art. 32 del d.lgs. 50 del 2016, ne consegue l'irrelevanza di ulteriori profili motivazionali – quali quello in esame – forniti peraltro dalla stazione appaltante in risposta a espresse argomentazioni contenute dalla ricorrente nelle proprie istanze di autotutela.

5.4. Con il quarto motivo, la società ricorrente deduce contraddittorietà tra il provvedimento di esclusione e i successivi provvedimenti di diniego di autotutela poiché, solo con questi ultimi, la stazione appaltante avrebbe specificato di non aver potuto fornire alcun punteggio all'elemento in questione.

Anche tale motivo è infondato; come già evidenziato, la motivazione dell'esclusione è univocamente individuata, in tutti i provvedimenti impugnati, nella proposizione di quattro alternative soluzioni progettuali. Indifferente è quindi che, nei provvedimenti di diniego di autotutela, la stazione appaltante abbia specificato di non aver *“potuto attribuire alcun punteggio a causa della presenza di n. 4 soluzioni alternative”*, nulla essendo invero mutato nel nucleo motivazionale del provvedimento ed essendo invece la specifica conseguente agli stimoli argomentativi delle istanze di autotutela.

6. Conclusivamente, la domanda di annullamento è infondata. In difetto del presupposto della illegittimità del provvedimento asseritamente causativo di danno, anche la domanda di risarcimento del danno deve essere respinta.

7. Le spese di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza, come per legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente alla refusione delle spese processuali, liquidate in € 3.000,00 (tremila/00) in favore della Fondazione resistente e in € 3.000,00 (tremila/00) in favore di Bio-Rad Laboratories s.r.l., oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in audioconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. legge n. 27/2020) e dall'art. 4 del decreto del Presidente del T.A.R. Lombardia n. 6 del 19 marzo 2020.

