

**APPALTI - OFFERTA - COMMISSIONE OFFERTA TECNICA ED ECONOMICA - VIOLAZIONE - VALUTAZIONE IN CONCRETO**

Il principio di separazione tra offerta tecnica ed economica, privo di copertura legislativa, non si applica in maniera indiscriminata, occorrendo una "valutazione in concreto" della portata lesiva della violazione del divieto, specie nel caso in cui la *lex specialis* non menzioni espressamente tale principio e, per la formulazione utilizzata, induca in errore il partecipante alla gara.

**TAR Puglia, Bari, Sez. III, sentenza n. 388/2020**

Publicato il 17/03/2020

**N. 00388/2020 REG.PROV.COLL.**

**N. 00889/2019 REG.RIC.**



**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 la Puglia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 889 del 2019, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da

Delta Hospital s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata  
e difesa dagli avvocati Angelo Annibali, Marco Orlando, Antonietta Favale e  
Matteo Valente, domiciliataria ex lege in Roma, alla via Sistina 48;

***contro***

Regione Puglia, Azienda Ospedaliero-Universitaria Consorziale Policlinico di Bari  
non costituiti in giudizio;  
Innovapuglia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentato e difeso dall'avvocato Mariangela Salerno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento, previa concessione di misura cautelare,***

A) per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento del 12/06/2019 prot. n. 001567, con il quale InnovaPuglia ha assunto e comunicato la decisione di escludere la Delta Hospital s.r.l. dal prosieguo della gara per il lotto n. 40, per aver rinvenuto tra la documentazione tecnica n. 2 file contenenti valori economici dell'offerta;

– del verbale di seduta pubblica, sconosciuto negli estremi e nel contenuto - in cui la Commissione giudicatrice ha comunicato l'intendimento di escludere la Delta Hospital dal Lotto n. 40 per le motivazioni poi comunicate con nota del 12.6.19 ed ivi fatte proprie dal RUP;

- per quanto occorra ed in via gradata della lex specialis di gara ed in particolare del bando, del disciplinare, dell'Allegato 2 – offerta tecnica, dell'Allegato Articoli, del capitolato tecnico e dei chiarimenti pubblicati sul profilo della gara [www.empulia.it/bandi](http://www.empulia.it/bandi);

- della nota di riscontro all'istanza di autotutela formulata dalla D.H. S.r.l., del 9.7.19 Prt. 0002131;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi compresa la programmazione, la progettazione della procedura e l'approvazione dei relativi atti, sconosciuti negli estremi e nel contenuto;

B) per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 18\11\2019 :

-di tutti gli atti già impugnati con il ricorso introduttivo;

- della Determinazione del Direttore generale n. 79 del 3 ottobre 2019, con la quale Innova Puglia ha fatto propri tutti gli atti della Commissione, approvando la proposta di aggiudicazione ed altresì prendendo atto degli esiti finali della gara e – in particolare- che il lotto n. 40 è andato deserto;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;  
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Innovapuglia s.p.a.;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;  
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2020 la dott.ssa Giacinta Serlenga e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.- Con bando pubblicato in GUUE il 16.11.16 e successivamente rettificato con determinazione dell'Amministratore unico n. 69 del 31 gennaio 2017, InnovaPuglia s.p.a., nella qualità di soggetto aggregatore della Regione Puglia, ha indetto una gara d'appalto per l'affidamento di *“pacemaker, defibrillatori impiantabili ed accessori per i fabbisogni delle AA.SS. della Regione Puglia”*, suddivisa in 45 lotti.

La Delta hospital ha presentato offerta esclusivamente con riferimento al lotto 40, riguardante la fornitura del *“sistema trans venoso di estrazione con applicazione laser”* e – per tale lotto- è risultata unica offerente. Ha superato le fasi di ammissione allo scrutinio e alla valutazione dell'offerta tecnica ma, con provvedimento del 12 giugno 2019, prot. n. 001567, è stata esclusa dal prosieguo per essere stati rinvenuti tra la documentazione tecnica due files contenenti valori economici dell'offerta; ciò che avrebbe determinato –secondo l'impostazione seguita dalla Commissione- la violazione del principio di segretezza dell'offerta economica, posto a presidio dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

La società ha presentato quindi istanza di autotutela e, a fronte della conferma dell'esclusione, ha proposto il gravame in epigrafe. Intervenuto poi –*medio tempore*- il provvedimento conclusivo dell'intera gara che –per quel che qui rileva- ha

confermato l'esclusione e dichiarato il lotto n. 40 andato deserto, la stessa società ha proposto motivi aggiunti, riformulando –in via meramente derivata- gli stessi motivi articolati nel ricorso introduttivo.

Si è costituita in giudizio InnovaPuglia s.p.a. per resistere al gravame.

All'udienza del 22 gennaio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

2.- Con un unico articolato motivo di ricorso, la Delta Hospital lamenta plurime violazioni alle norme e ai principi di settore. Contesta, in particolare, l'automatica applicazione del cd. divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica, a tutela del principio di "segretezza" dell'offerta, in assenza di qualsivoglia valutazione della concreta portata lesiva della violazione rispetto alla specifica fattispecie.

Tale censura appare meritevole di condivisione.

Ed invero, pur venendo richiamati –nel provvedimento gravato- i principi a tutela dei quali è posto il vincolo di segretezza dell'offerta economica e del conseguente divieto di "commistione" tra offerta tecnica ed economica, non risulta compiuta alcuna verifica circa l'effettiva compromissione di quei principi, a fronte delle peculiari caratteristiche del caso concreto che possono essere così sintetizzate: a) l'odierna ricorrente –come detto sub 1- era unica concorrente; b) ha presentato un'offerta tecnica che avrebbe superato *de plano* –come sarà meglio chiarito nel prosieguo- la soglia dei 36 punti per accedere alla valutazione economica, tenuto conto di alcuni criteri di valutazione che non lasciavano alla stazione appaltante margini di discrezionalità; c) la gara –*ratione temporis*- non è soggetta all'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006.

2.1.- Va premesso che, stando ai principi generali, la *ratio* del divieto di commistione è evidentemente quella di garantire l'imparzialità della Commissione, evitando che possa farsi condizionare nella scelta dell'offerta dalla "convenienza" della stessa; il divieto non ha copertura normativa specifica, essendo stato

elaborato in via interpretativa da unanime giurisprudenza, che lo ha ricondotto ai “*principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'articolo 97 della Costituzione, sub specie della trasparenza e della par condicio tra i concorrenti*” (cfr. ex multis, da ultimo Tar Sicilia, Sez. III, 3 maggio 2019, n. 1224). Non si rintraccia invero alcuna norma all'interno del codice dei contratti pubblici che ponga espressamente detto divieto né, tanto meno, norma esterna al codice stesso che disponga in tal senso.

2.2- Torniamo quindi alla fattispecie concreta.

2.2.1.- In primo luogo, non vi era alcun controinteressato, essendo stata l'odierna ricorrente –si ribadisce- l'unico operatore economico a presentare l'offerta per il lotto n. 40; sicché, in alcun modo, la Commissione avrebbe potuto subire un condizionamento nell'assegnazione dei punteggi ai concorrenti, preferendo o penalizzando, sulla base della conoscenza del prezzo offerto dalla Delta Hospital, uno o più di essi.

2.2.2.- In secondo luogo, come su accennato, i criteri di valutazione prescelti in relazione all'offerta tecnica, per la quale era stato previsto un punteggio massimo di 60/100 (cfr. All.2 del disciplinare, pag.4), non lasciavano un ampio margine di discrezionalità alla Commissione, essendo piuttosto volti a “premiare” la presenza o meno di alcune (pre)determinate caratteristiche del dispositivo; con la conseguenza che buona parte del punteggio era da assegnarsi ad elementi “oggettivi” presenti nei dispositivi offerti.

Con particolare riferimento al lotto n. 40, come è stato ben evidenziato in ricorso, era stato previsto: a) un punteggio di 20 per le “*cannule con calibro progressivo da 7F a 13,5 F*” e di ulteriori 20 per la “*Disponibilità di cannule con estremità rinforzata*” (cfr. All. 2 al disciplinare, pag. 20) ; b) ulteriori 20 punti in relazione ad eventuali elementi migliorativi rispetto al capitolato (cfr. stessa pag. 20), restando evidentemente

limitato a questo profilo l'esercizio della discrezionalità riconosciuta dalla *lex* di gara alla Commissione.

Di tutta evidenza pertanto che, verificata la presenza oggettiva dei primi due elementi, la Commissione avrebbe dovuto assegnare almeno 40 punti all'offerta tecnica; punteggio evidentemente superiore ai 36/60 punti, sufficienti per avere accesso alla valutazione economica (cfr. stesso All. 2, pag. 21, penult. cpv.).

L'offerta dell'odierna ricorrente –come dimostrato in atti e non specificamente confutato dalla difesa dell'Amministrazione- presentava entrambe le caratteristiche oggettive su richiamate.

Ed invero: a) in apposita dichiarazione allegata alla documentazione tecnica veniva precisato che *“Le cannule presentano un calibro progressivo da 7 fino a 16 french”* (cfr. doc. 10 – dichiarazione offerta tecnica); b) nella scheda tecnica del catetere laser denominato “Laser Sheat” si leggeva che *“L'introduttore laser è formato da fibre ottiche circoncentriche, ... In corrispondenza della punta distale, le fibre sono protette da fasce in acciaio inossidabile interne ed esterne, che formano un punto di repere radiopaco .... Il filoguida è un accessorio impiegato per agevolare il caricamento dell'introduttore laser su un elettrocatetere impiantato ... consiste in un mandrino in acciaio inossidabile ...”* (cfr. doc. 11 – scheda Tecnica Laser Sheat); c) infine nel depliant relativo a ViSi Sheat veniva descritto che *“la punta robusta resiste alla deformazione meglio di comuni guaine di teflon”* (cfr. doc. 12 – depliant ViSi Sheat).

La Commissione, pertanto, si sarebbe dovuta limitare a registrare la presenza dei due elementi che -si ribadisce- parte ricorrente ha dimostrato *per tabulas* essere presenti nei dispositivi offerti dalla Delta Hospital, senza essere smentita sul punto dalla difesa di InnovaPuglia.

2.2.3.- Infine, non va sottaciuto che il bando è stato pubblicato nel novembre 2016, sotto la vigenza dell'art. 83, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016 e non già dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006, invocato dalla stessa difesa di

InnovaPuglia per sostenere che l'Amministrazione si sia limitata a fare pedissequa applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, dando attuazione al divieto in questione.

L'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016, nella versione applicabile *ratione temporis* alla gara *de qua*, così recitava: “*I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle*”; e -si ribadisce- il divieto di commistione è privo di copertura legislativa specifica né è rinvenibile alcun riferimento nella *lex specialis*.

2.2.4.- In estrema sintesi, alla luce di quanto precede, appare evidente che la conoscenza “anticipata” dell’offerta economica, ove valutata in “concreto” con riferimento alle coordinate specifiche del caso di specie, avrebbe dovuto indurre la Commissione prima, e la stazione appaltante poi, a ritenere non lesi i principi che la giurisprudenza ha inteso salvaguardare con l’elaborazione del c.d. “divieto di commistione”.

Sulla necessità di una verifica in concreto della violazione dei principi al cui presidio il divieto di commistione è posto, si è di recente espresso il Consiglio di Stato con la sentenza della quinta Sezione n. 4342 del 25 giugno 2019, al cui iter argomentativo il Collegio rinvia.

In particolare, il giudice di appello ha inequivocabilmente affermato che “*Nelle gare pubbliche il c.d. principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica, denominato anche come divieto di commistione, risponde alla finalità di garantire la segretezza dell'offerta economica ed è perciò funzionale ad evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire, nel caso concreto, l'entità dell'offerta economica*”. Ha altresì rimarcato che “*...il divieto non va inteso in senso assoluto, bensì relativo, con indagine da condurre in concreto, in riferimento alla detta funzione (cfr. Cons. Stato, III, 3 aprile 2017, n. 1530, cui adde, tra le altre, id., 24 settembre 2018, n. 5499)*” e “*... non può essere interpretato in maniera*

*indiscriminata, al punto da eliminare ogni possibilità di obiettiva interferenza tra l'aspetto tecnico e quello economico dell'appalto posto a gara (cfr. Cons. di Stato, V, 12 novembre 2015, n. 5181), attesa l'insussistenza di una norma di legge che vieti l'inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica (cfr. Cons. di Stato, 27 novembre 2014, n.5890), a meno che uno specifico divieto non sia espressamente ed inequivocabilmente contenuto nella legge di gara (cfr. Cons. Stato, V, 14 dicembre 2018, n. 7057)”.*

Nella fattispecie in esame, come già chiarito, la *lex specialis* non contiene alcun espresso divieto di introdurre elementi economici nell'offerta tecnica e, tanto meno, tale evenienza viene sanzionata con la pena dell'esclusione.

Ma vi è di più. E' stata proprio la formulazione della *lex specialis* a indurre l'odierna ricorrente in errore. Questa si è invero premurata di compilare il foglio excell allegato agli atti di gara (cfr. doc. 5), riempiendo i relativi campi, tra cui era richiesta anche l'indicazione del prezzo offerto; sicché è la disposta esclusione a determinare la violazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza, oltre ai principi della “conservazione degli atti” e dell’“effetto utile degli stessi”, che costituiscono necessario corollario dei primi.

3.- In conclusione, sulla scorta delle considerazioni che precedono, il ricorso va accolto e gli atti di gara annullati, nel limite dell'interesse della società ricorrente (determinazioni relative al lotto n. 40, di esclusione della ricorrente stessa e di dichiarazione di gara deserta, oggetto del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti).

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti di gara nei limiti dell'interesse della società ricorrente (determinazioni di esclusione e dichiarazione

di gara deserta rispetto al lotto n. 40). Condanna InnovaPuglia s.p.a. alla rifusione delle spese di causa in favore della società ricorrente, che liquida in complessivi €. 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre spese e accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Giacinta Serlenga, Consigliere, Estensore

Rosaria Palma, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Giacinta Serlenga**

**IL PRESIDENTE**  
**Orazio Ciliberti**

IL SEGRETARIO