



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 Emilia Romagna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 925 del 2014 proposto da GE Medical Systems Italia S.p.A., in persona del Presidente Marco Campione, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Martinelli, dall'avv. Alexia Armaroli e dall'avv. Antonio Lirosi, con domicilio eletto presso lo Studio legale Gianni Origoni Grippo Cappelli & Partners in Bologna, via Massimo D'Azeglio n. 25;

***contro***

l'Azienda U.S.L. di Bologna, in persona del Direttore generale Francesco Ripa di Meana, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Argnani e dall'avv. Arianna Cecutta, con domicilio eletto presso la sede legale dell'ente in Bologna, via Castiglione n. 29;  
Istituto Ortopedico Rizzoli;

***per l'annullamento***

della determinazione n. 1733 in data 9 settembre 2014 del Direttore del "Servizio Acquisti Metropolitan" dell'Azienda U.S.L. di Bologna,

con cui si è preso atto dell'esclusione della società ricorrente dalla procedura aperta per la fornitura, installazione e posa in opera di una TC "Dual Energy" presso l'Istituto Ortopedico Rizzoli di Bologna (disposta dalla Commissione giudicatrice nella seduta del 2 settembre 2014) e si è disposto di dare comunicazione alla società interessata della sua estromissione dalla gara;

del verbale della seduta della Commissione in data 2 settembre 2014;

della nota prot. n. 0084579 in data 22 settembre 2014 dell'Azienda U.S.L. di Bologna (con cui è stata disattesa l'istanza di autotutela proposta dalla ricorrente e se ne è confermata l'esclusione dalla gara), anche, ove necessario, previa declaratoria di nullità, della prescrizione a pag. 39, 5° cpv, del disciplinare di gara;

del bando, del disciplinare di gara e dei relativi allegati, ivi incluso l'allegato G ("Norme sui rapporti di collaborazione scientifica"), ove interpretati come comportanti l'esclusione dalla gara per l'inserimento dell'importo della borsa di studio nella "proposta del contratto di collaborazione scientifica" costituente l'allegato 18 all'offerta tecnica; dell'allegato D ("Modello offerta economica"), ove interpretato nel senso preteso dall'Azienda U.S.L. di Bologna nella nota del 22 settembre 2014;

di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi incluso l'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva nelle more adottato;

.....*per la condanna*.....

dell'Amministrazione alla riammissione in gara della ricorrente e alla

valutazione della sua offerta.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda U.S.L. di Bologna;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il dott. Italo Caso;

Uditi, per le parti, alla pubblica udienza del 18 dicembre 2014 il dott.

Italo Caso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

Presentata offerta nella gara indetta dall'Azienda U.S.L. di Bologna per la fornitura, installazione e posa in opera di una TC "Dual Energy" presso l'Istituto Ortopedico Rizzoli di Bologna (selezione svoltasi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa), la società ricorrente ne veniva successivamente esclusa per avere inserito nell'offerta tecnica l'importo del finanziamento della borsa di studio concessa dalla medesima ditta nell'ambito del "rapporto di collaborazione scientifica" proposto all'ente, circostanza ritenuta in contrasto con la norma della *lex specialis* che prescriveva di inserire ogni "indicazione di prezzo" nella sola offerta economica (v. determinazione n. 1733 in data 9 settembre 2014 del Direttore del "Servizio Acquisti Metropolitan" dell'Azienda U.S.L. di Bologna, con cui si è preso atto dell'esclusione della società ricorrente già disposta dalla Commissione giudicatrice nella seduta del 2 settembre 2014). Avverso tale determinazione ha proposto impugnativa

l'interessata, censurando anche la nota prot. n. 0084579 in data 22 settembre 2014 (rigetto dell'istanza di autotutela proposta dalla ricorrente) e – ove necessario – la prescrizione a pag. 39, 5° cpv, del disciplinare di gara, nonché il bando, il disciplinare di gara e i relativi allegati, ivi inclusi l'allegato G (“Norme sui rapporti di collaborazione scientifica”) e l'allegato D (“Modello offerta economica”), ove interpretati come comportanti l'esclusione dalla gara per l'inserimento dell'importo della borsa di studio nella “proposta del contratto di collaborazione scientifica”.

Lamenta che si sia indebitamente ricondotto al prezzo della fornitura il finanziamento della borsa di studio, senza tenere conto del fatto che le norme di gara circoscrivevano la voce “prezzo” al costo delle apparecchiature, dei lavori di installazione e della manutenzione del bene, mentre l'esborso per il progetto di collaborazione scientifica avrebbe dovuto assumere rilievo unicamente in sede di esame dell'offerta tecnica e nessuna norma di gara imponeva d'altra parte che se ne facesse indicazione nell'offerta economica; deduce, in ogni caso, l'ingiustificata applicazione di un principio (divieto di commistione tra offerta economica e offerta tecnica) oramai incompatibile con la regola generale della tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006 e comunque non violato in un caso in cui l'indicazione di quella somma si presentava in sé inidonea a consentire la ricostruzione dell'offerta economica della concorrente; censura, inoltre, la norma di gara che eventualmente prevedesse per questa ipotesi la misura dell'espulsione,

perché lesiva del disposto dell'art. 46, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, e perché difforme dal consolidato orientamento giurisprudenziale in materia; denuncia, infine, l'illegittimità della *lex specialis* della selezione nella parte in cui avesse eventualmente recato la previsione di una misura espulsiva di non agevole individuazione, quindi gravemente pregiudizievole per le concorrenti in buona fede e in ogni caso in contrasto con i principi generali che richiedono certezza, chiarezza e trasparenza nelle regole che presiedono alle gare pubbliche. Di qui la richiesta di annullamento degli atti impugnati e di condanna dell'Amministrazione alla conseguente riammissione in gara della ricorrente.

Si è costituita in giudizio l'Azienda U.S.L. di Bologna, opponendosi all'accoglimento del ricorso.

L'istanza cautelare della società ricorrente veniva accolta dalla Sezione alla Camera di Consiglio del 13 novembre 2014 (ord. n. 552/2014).

All'udienza del 18 dicembre 2014, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione.

Il ricorso è fondato.

Va premesso che il disciplinare di gara, per quel che rileva nella presente controversia, prevedeva che nella busta A) le concorrenti avrebbero dovuto inserire l'offerta economica, mentre nella busta C) si sarebbero dovuti includere gli elaborati tecnici, ivi compresa la proposta del contratto di collaborazione scientifica (“...*La ditta dovrà presentare una relazione molto dettagliata del progetto di collaborazione scientifica che intende proporre all'Istituto Ortopedico Rizzoli ...*”); una specifica

clausola, poi, recava detta avvertenza: “...*Si precisa che ogni indicazione di prezzo, ad eccezione di quelli espressamente previsti nell’Allegato A.4, dovrà esclusivamente essere contenuta nella BUSTA A - Offerta economica ...*”.

Quanto ai parametri di valutazione delle offerte, il disciplinare di gara stabiliva un massimo di venti punti per il prezzo (suddivisi in “... *massimo punti 15 per il costo delle apparecchiature comprensivo dei lavori di installazione e posa in opera ... massimo punti 5: costo della manutenzione, così come richiesto dal Disciplinare; in particolare verrà valutato il costo del contratto di manutenzione full-risk ...*”) e un massimo di ottanta punti per i profili tecnici dell’offerta, includendo in questi ultimi i venti punti conseguibili sulla base del progetto di collaborazione scientifica, per il quale l’allegato G considerava anche “...*l’impegno della ditta a rendere disponibile per lo IOR un rapporto di collaborazione scientifica della durata di tre anni (es. borsa di studio, ecc.) ...*”.

Orbene, dalle suindicate norme della *lex specialis* della gara si evince in modo univoco che il «prezzo» della fornitura, espressamente riferito al “...*costo delle apparecchiature comprensivo dei lavori di installazione e posa in opera ...*” e al “...*costo della manutenzione ...*”, non includeva la spesa a carico del contraente privato per il rapporto di collaborazione scientifica, sicché rimaneva estranea detta voce al divieto di esplicitazione del relativo valore economico in sede di elaborato tecnico prodotto con la busta C), per essere la preclusione riferita ad “...*ogni indicazione di prezzo ...*” e quindi ad elementi economici non assimilabili in questo contesto alla borsa di studio offerta dalla ricorrente. Né, del resto, indicazioni differenti si ricavano dal

«modello» di offerta economica contenuto nell'allegato D, in realtà coerente con la già vista articolazione del prezzo nelle tre componenti costituite da *“TC Dual Energy completa degli accessori richiesti ed eventuali opzioni”*, da *“Lavori edili-impiantistici per installazione della diagnostica”* e da *“Canoni annuali assistenza post garanzia di tipo Full risk incluso tubi e detettori per TC”*, il che costituisce un'ulteriore smentita dell'assunto dell'Amministrazione secondo cui l'importo del finanziamento della borsa di studio avrebbe dovuto essere indicato in sede di offerta economica e non anche in sede di offerta tecnica.

Indipendentemente, poi, dalla normativa di gara, è notorio che, a fronte della generale necessità di evitare la commistione tra offerta economica e offerta tecnica per scongiurare il pericolo che l'anticipata conoscenza di elementi della prima influisca sull'apprezzamento tipicamente discrezionale della seconda e infici la genuinità del giudizio della Commissione, nell'offerta tecnica possono essere in ogni caso inclusi singoli elementi economici resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruirne la complessiva portata (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 27 novembre 2014 n. 5890). La circostanza, pertanto, che l'ammontare del finanziamento della borsa di studio proposta dalla ricorrente non rendesse in alcun modo possibile desumere l'incidenza economica complessiva dell'offerta

della concorrente e rilevasse invece ai fini dell'apprezzamento del corrispondente progetto di collaborazione scientifica (per l'attribuzione, cioè, del punteggio inerente l'offerta tecnica) escludeva la sussistenza del rischio di condizionamento del giudizio di spettanza della Commissione, sì da non giustificarsi sicuramente misure espulsive del tipo di quella adottata dall'ente appaltante; invero, alla luce della *ratio* indicata, la prescrizione "...*Si precisa che ogni indicazione di prezzo, ad eccezione di quelli espressamente previsti nell'Allegato A.4, dovrà esclusivamente essere contenuta nella BUSTA A - Offerta economica ...*" andava necessariamente intesa nel senso di vietare l'inclusione negli elaborati tecnici dei soli dati effettivamente attinenti al "prezzo" o comunque idonei a rendere percepibile, anche solo in via indiretta, l'entità dell'offerta economica nella sua globalità.

Il ricorso, in conclusione, va accolto e, assorbite le restanti doglianze, vanno conseguentemente annullati gli atti oggetto di impugnativa, ai fini della definitiva riammissione della società ricorrente alla gara.

Le spese di lite seguono la soccombenza dell'Amministrazione, e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, ai fini della definitiva riammissione della società ricorrente alla gara.

Condanna l'Azienda U.S.L. di Bologna al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, nella misura complessiva di € 4.000,00

(quattromila/00), oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Bologna, nella Camera di Consiglio del 18 dicembre 2014, con l'intervento dei magistrati:

Carlo d'Alessandro, Presidente

Italo Caso, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)