

DUVRI e incompatibilità con la funzione di commissario di gara

Esclusa l'incompatibilità perché non è documento relativo alla gara ma alla disciplina della salute e sicurezza sul lavoro (Tar Puglia, sentenza 1613/2020).

Pubblicato il 02/02/2021



La sentenza del TAR Puglia, sez. II, del 12 dicembre 2020 n. 1613, Pres. Adamo Rel. Ieva (testo in calce), offre un interessante spunto di riflessione sulla natura del D.U.V.R.I. (Documento Unico di Valutazione dei Rischi Interferenziali) ed i riflessi della sua efficacia sotto il profilo delle incompatibilità del soggetto autore del documento rispetto alle altre operazioni di gara.

In particolare, il Tribunale Amministrativo evidenzia che sussiste soltanto un onere di redazione dello schema o bozza del D.U.V.R.I. ai fini dell'affidamento del contratto, da parte del soggetto titolare del potere decisionale e di spesa relativo alla gestione dello specifico appalto.

Di conseguenza, non sussiste alcuna incompatibilità, ai sensi dell'[art. 77, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50](#) (Codice dei contratti pubblici) in capo al commissario che ha curato lo schema o bozza di D.U.V.R.I. ed abbia svolto anche altre funzioni e/o incarichi tecnico o amministrativo relativamente al contratto di appalto, del cui affidamento si tratta.

Sommario

- [La questione](#)

- Differenza tra D.V.R. e D.U.V.R.I. - Cos'è il documento di valutazione dei rischi
- DUVRI e interferenze nelle funzioni dei commissari di gara
- Conclusione: la sottoscrizione, da parte del dirigente, della deliberazione a contrarre o degli atti di gara non può di per sé implicare alcuna incompatibilità

La questione

Parte ricorrente in un articolato ricorso, promosso avverso l'aggiudicazione avvenuta a seguito di una procedura aperta sotto-soglia telematica per l'affidamento dei servizi di produzione e controllo di qualità dei radiofarmaci per l'adeguamento dell'unità operativa complessa di "Medicina nucleare", propone fra le varie questioni, una presunta violazione e/o erronea applicazione dell'art. 77, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, contestando che un componente della commissione aggiudicatrice avrebbe preventivamente redatto il D.U.V.R.I. della stessa gara a cui ha partecipato in qualità di commissario.

Differenza tra D.V.R. e D.U.V.R.I. - Cos'è il documento di valutazione dei rischi

La valutazione dei rischi è uno degli obblighi non delegabili del Datore di Lavoro (art. 17 del D.Lgs. 81/08).

Il D.V.R. (Documento Valutazione Rischi) regolamentato dall'articolo 28 del [D.Lgs 81/08](#) è un documento obbligatorio in tutte le aziende e contempla tutti i rischi presenti in azienda, indipendentemente dal numero di dipendenti, dal fatturato o dal settore in cui opera. Esso viene redatto unicamente dal datore di lavoro e contiene i nominativi delle figure aziendali di riferimento e la specifica delle mansioni a rischio nonché l'elenco delle misure preventive e protettive messe in atto per ridurre i rischi accertati ed il piano di miglioramento per risanare, perfezionare ed incrementare lo stato di sicurezza in azienda.

A differenza del D.V.R., il D.U.V.R.I. in base all'art. 26 del Lgs. 81/2008, è un documento redatto, nell'ambito della disciplina della salute e sicurezza sul lavoro, elaborato a cura del committente (che può coincidere o meno con il datore di lavoro)

quasi sempre sulla base della consulenza offerta dal R.S.P.P. (Responsabile del servizio prevenzione e protezione) e dal c.d. Medico competente, e racchiude le linee guida operative che devono essere adottate per evitare o ridurre al minimo i rischi da interferenze (quindi non riguarda direttamente i rischi legati all'attività dell'impresa appaltatrice o del singolo lavoratore autonomo).

Esso non è legato all'azienda in senso lato, ma fa riferimento ad una specifica attività in cui cooperano due o più imprese diverse (esempio classico è quello dell'impresa di pulizie che opera all'interno di un'azienda terza). Esso va allegato al contratto d'opera o di appalto adeguandolo in base all'evoluzione dei lavori/servizi svolti e va condiviso con tutti i soggetti coinvolti (sia in fase di avvio che durante il progetto, nel caso di variazioni).

D.U.V.R.I. e D.V.R. partono quindi, da un presupposto comune, ovvero la valutazione dei rischi, ma hanno sostanzialmente ambiti di applicazione e destinatari diversi.

DUVRI e interferenze nelle funzioni dei commissari di gara

Definite le principali caratteristiche del D.U.V.R.I. veniamo al caso in questione.

Il TAR pugliese analizza la questione dell'incompatibilità delle funzioni svolte dai commissari di gara rispetto ai compiti di redazione del D.U.V.R.I. in una fase precedente allo svolgimento della procedura ad evidenza pubblica.

L'art. 77, comma 4, del D. Lgs. n. 50/2016 stabilisce che *i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*. Tale norma ha la funzione di assicurare la separazione fra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte, garantendo la neutralità del giudizio dei commissari. Ne consegue che essa può trovare applicazione solo ai casi in cui sia dimostrato concretamente che il funzionario abbia effettivamente assunto compiti precisi e partecipato alla stesura degli atti di gara potendo, così, influenzare il giudizio sulle offerte.

Ora, l'orientamento della giurisprudenza, ripreso dalla sentenza in commento, ritiene che l'art. 77, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 non può essere interpretato in termini automatici, dovendo essere *comprovata, sul piano concreto e di volta in volta, sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate* (Cons.St., sez. V, 11 settembre 2019 n. 6135) la doglianza lamentata.

Di conseguenza, nel caso in esame, la questione sollevata dalla ditta esclusa non ha rilievo in quanto il D.U.V.R.I. non si può considerare un documento inerente all'appalto. Non è infatti un capitolato (tecnico), né un disciplinare (amministrativo), rispetto all'indetta procedura di evidenza pubblica e al contratto di appalto da sottoscrivere.

Lo schema di D.U.V.R.I. predisposto in fase di procedimento di gara ha una mera funzione illustrativa. Soltanto una volta conclusa la procedura di gara, in fase di esecuzione del contratto, detto documento acquisterà una valenza specifica in quanto sarà aggiornato e adattato sulla base della valutazione dei rischi da interferenza, cioè quei rischi che, come indicato dall'Autorità per la vigilanza (ANAC), nell'esecuzione di contratti per Lavori, Servizi e Forniture, in un determinato contesto, sono da considerarsi *aggiuntivi* rispetto alla normale effettuazione degli stessi.

Conclusione: la sottoscrizione, da parte del dirigente, della deliberazione a contrarre o degli atti di gara non può di per sé implicare alcuna incompatibilità

La natura dinamica del D.U.V.R.I. comporta che lo stesso venga adeguato in funzione dell'evoluzione dei lavori, dei servizi e delle forniture e vada condiviso, inizialmente e progressivamente, con tutti gli attori coinvolti nell'appalto. Non è escluso che il D.U.V.R.I. prenda spunto dai diversi D.V.R. delle singole aziende, integrando quelle attività che apportino rischi interferenziali all'interno del progetto specifico.

Sulla base di questi presupposti di fatto, non può dunque essere insorta in capo al soggetto che ha redatto la bozza del D.U.V.R.I. in fase di predisposizione degli atti di gara, alcuna concreta situazione di incompatibilità rispetto alla sua funzione di Commissario di gara.

In conclusione, dunque, la censura proposta con il ricorso in esame deve essere rigettata.

[TAR PUGLIA, SEZ. II, SENTENZA 1613/2020 >> SCARICA IL PDF](#)

(da www.altalex.com)

Pubblicato il 12/12/2020

N. 01613/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00486/2020 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 486 del 2020, proposto da Itel Telecomunicazioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Pietro Berzaghi e Aldo Lopez con domiciliazioni digitali come da P.E.C. iscritte al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

contro

Azienda ospedaliero-universitaria consorziale Policlinico di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaella Travi e Michele Di Landro, con domiciliazioni digitali come da P.E.C. iscritte al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

nei confronti

Beforpharma s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola e Carlo

Tangari, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gennaro Notarnicola in Bari alla via n. Piccinni n. 150 e con domicilia digitali come da P.E.C. iscritte al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

per l'annullamento

- della deliberazione a contrarre del direttore generale dell'Azienda universitaria-ospedaliera consorziale ("A.U.O.C.") "Policlinico di Bari" n. 1624 del 13.11.2019;
- della determinazione del "Policlinico di Bari" n. 911 del 27.11.2019 d'indizione della procedura aperta sotto-soglia telematica (su piattaforma EmpULIA) per l'affidamento dei servizi di produzione e controllo di qualità dei radiofarmaci per l'adeguamento dell'unità operativa complessa di "Medicina nucleare" (CIG n. 8112863257), nonché di tutti i relativi allegati e di tutti i verbali di gara;
- dei provvedimenti di ammissione di Beforpharma s.r.l., di nomina della commissione giudicatrice, di esclusione dalla procedura di Itel Telecomunicazioni s.r.l.;
- della deliberazione del "Policlinico di Bari" n. 401 del 10.3.2020 di aggiudicazione a Beforpharma s.r.l. della procedura di gara;
- del provvedimento di diniego dell'accesso all'offerta tecnica di Beforpharma s.r.l. con accertamento e condanna dell'amministrazione all'ostensione dell'atto richiesto e conseguente accertamento dell'obbligo di escludere Beforpharma s.r.l. dalla gara;
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o connesso, ivi inclusi, per quanto occorrer possa, i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante; nonché per la dichiarazione di invalidità e/o inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto *inter partes* e per l'aggiudicazione e la stipula e/o il subentro nel contratto *de quo* in favore della ricorrente, con la

condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda ospedaliero-universitaria consorziale Policlinico di Bari e di Beforpharma s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2020 il dott. Lorenzo Ieva e uditi per le parti i difensori avv. Pietro Berzaghi, avv. Raffaella Travi, avv. Michele Di Landro, avv. Gennaro Notarnicola e avv. Carlo Tangari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso articolato in numerosi punti, la società istante impugnava la propria esclusione dalla procedura aperta sotto-soglia e la seguente aggiudicazione alla società Beforpharma, relativamente ad una procedura aperta per l'affidamento del *servizio di produzione e controllo di qualità* dei radio-farmaci per l'adeguamento dell'unità operativa complessa di Medicina nucleare (UOC-MN), per un importo a base d'asta, per il periodo contrattuale di soli dodici mesi, fissato ad € 220.000,00 (I.V.A. esclusa).

2.- Alla procedura di gara hanno preso parte solo due società. In particolare, la ricorrente ha contestato plurimi vizi di legittimità consistenti in violazioni di legge e svariati profili di eccesso di potere, che di seguito si passano in rassegna.

3.- Si costituivano sia l'Amministrazione sanitaria sia la società controinteressata, con ampia produzione di documenti e memorie difensive di replica, punto per punto, alle censure mosse. Entrambe, peraltro, in via preliminare, hanno contestato specificamente la violazione dell'art. 3

comma 2, del codice del processo amministrativo, in tema del dovere per il giudice e le parti di redigere gli atti “in maniera chiara e sintetica”.

4.- Alla fissata camera di consiglio, l’istanza cautelare veniva respinta, non apparendo *prima facie* la valutazione tecnica, peraltro diffusamente documentata nei verbali di gara e nel provvedimento finale, inficiata da evidenti illogicità o contraddittorietà.

5.- Scambiati ulteriori documenti, memorie e repliche, all’udienza pubblica, la causa veniva trattenuta in decisione.

6.- Il ricorso è in parte inammissibile e in parte infondato.

Innanzitutto è da osservare che, nonostante il non pieno rispetto del principio di sinteticità, esso si presta ad essere deliberato dal Collegio, rimanendo precluso l’ingresso dei c.d. “motivi intrusi”, o “motivi dubitativi”, o “motivi indiretti” (T.A.R. Puglia, sez. II, 21 settembre 2020 n. 1193; T.A.R. Puglia, sez. I, 11 luglio 2019 n. 995; T.A.R. Lazio, sez. I, 19 settembre 2018 n. 9462; Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2017 n. 4643; Cons. St., sez. V, 31 ottobre 2016 n. 4561; Cons.St., sez. III, 21 marzo 2016 n. 1120).

6.1.- Con le *prime censure*, viene lamentata la violazione degli artt. 23, 30, 79, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e la violazione dei principi di efficienza, trasparenza, tutela della concorrenza e *par condicio*, nonché l’eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità, difetto d’istruttoria e di motivazione. Tutto ciò, nella misura in cui non vi sarebbe stata un’adeguata progettazione negli atti di gara, al fine di identificare l’oggetto stesso della prestazione del servizio, in particolare difettando la relazione tecnico-illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio e degli altri documenti atti a consentire la formulazione di un’offerta compiuta.

L’Amministrazione e parte controinteressata eccepiscono la tardività e

l'inammissibilità della censura, non essendo stato impugnato nei termini di decadenza il bando, in quanto le clausole contenute negli atti di indizione della gara che impediscano, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta sono immediatamente lesive e quindi vanno impugunate nei termini.

Nel merito, viene controdedotto che dal bando evince chiaramente la tipologia dei farmaci utilizzati nel reparto e quello di cui si vuole avviare la produzione (radiofarmaco 68Ga-DOTATOC) e che le ulteriori informazioni, di cui viene lamentata la mancanza, sono state però tutte indicate agli operatori economici in sede di sopralluogo, avvenuto in data 20 dicembre 2019.

Difatti, il sopralluogo ricopre un ruolo non formale, bensì sostanziale al fine di consentire alle imprese concorrenti di formulare offerte in sintonia con l'oggetto dell'appalto, consentendo l'esatta conoscenza dello stato dei luoghi, con riduzione del rischio dell'inconsapevole presentazione di offerte carenti (Cons. St., sez. III, 12 ottobre 2020 n. 6033; T.A.R. Calabria, sez. I, 7 febbraio 2018 n. 258; T.A.R. Puglia, sez. I, 10 febbraio 2016 n. 148; Cons. St., sez. V, 9 maggio 2000 n. 266). *Ergo*, la società ricorrente non può ulteriormente dolersi, in ordine al dettaglio del servizio da offrirsi, che, nelle sue caratteristiche di base, era indi senz'altro conoscibile.

Peraltro, trattasi di servizio (e non di fornitura) della durata di un solo anno, con importo a base di gara contenuto, con richiesta di offerte in miglioramento, che *ex se* sottrae la procedura a eccessivo dettaglio progettuale. Inoltre, in sede di sopralluogo, la società ricorrente ha sottoscritto il relativo verbale di avvenuto compimento, espressamente dichiarando: "di aver preso visione dei luoghi, strutture e locali ove debbono eseguirsi le prestazioni oggetto dei servizi appaltati, incluse le

condizioni di viabilità, e di aver ricevuto dal referente dell'Azienda Ospedaliera tutte le informazioni necessarie per la formulazione dell'offerta".

Ritiene in definitiva il Collegio che il motivo per come formulato si appalesi inammissibile, essendo pacifico l'obbligo di impugnativa immediata del bando, quando quest'ultimo contenga clausole che l'operatore economico, partecipante ad una gara, ritenga preclusive per la formulazione della sua offerta (ma qui devi essere più specifico con citazione dell'adunanza plenaria).

Tal impugnativa non risulta essere stata proposta.

Pertanto, il motivo dedotto è inammissibile.

6.2.- Con il *secondo motivo* viene lamentata la violazione o erronea applicazione della normativa di gara e degli artt. 30, 94, comma 1, 79, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, e la violazione dei principi di efficienza, trasparenza, tutela della concorrenza e *par condicio*, nonché l'eccesso di potere per contraddittorietà, irragionevolezza, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, carenza di istruttoria e di motivazione, omessa valutazione e osservanza del livello di dettaglio delle offerte.

Tutto ciò, poiché, durante le sedute riservate del 20.2.2020 e del 27.2.2020, la commissione aggiudicatrice ha attribuito all'offerta tecnica presentata da Itel Telecomunicazioni s.r.l. il punteggio di 23,90/70 e, per l'effetto, il R.U.P. ne ha disposto l'esclusione, per mancato superamento della soglia di sbarramento di minimo 42 punti, prevista dall'art. 18.2.2 del disciplinare di gara.

Anche detto vizio, viene articolato in connessione al primo, ossia in relazione alla difficoltà di formulare una compiuta offerta, per presunta carenza degli elementi di base, sui quali poter elaborare la stessa, in ragione

delle disposizioni carenti del bando e del capitolato tecnico.

In ordine a detto motivo, sia l'Amministrazione sia la società controinteressata replicano l'eccezione di inammissibilità per omessa impugnazione del bando e perché il vizio dedotto contesta il merito della scelta tecnico-discrezionale effettuata.

Sul punto, il Collegio sottolinea come, dalla disamina complessiva dei documenti di gara, compresi i verbali di valutazione, si evinca che la commissione giudicatrice ha effettuato una puntuale e dettagliata valutazione, evidenziando, al contrario, in più punti, nell'apposita "tabella di raffronto", tra l'offerta di Beforpharma e l'offerta di ITEL Telecomunicazioni, la carenza di quest'ultima per inferiore qualità rispetto alla prima (verbale seduta riservata del 20 febbraio 2020).

In particolare, vengono contraddistinti i seguenti punti di deficienza: incompletezza del POS (punto A), carenza generale del piano di convalida (punto B.1), carenza di dettagli del piano di convalida dei processi (punto B.3), totale incompletezza del piano di convalida del personale (punto B.4), varie carenze sul piano di produzione del radiofarmaco ⁶⁸Ga-DOTATOC (punto D), etc.

In ogni caso, la giurisprudenza (*ex multis*: Cons. St., sez. III, 2 settembre 2019 n. 6058; Cons. St., sez. V, 14 maggio 2018 n. 2853) considera che l'incompletezza dell'offerta sia sindacabile in sede giurisdizionale solo quando il relativo giudizio possa prescindere dall'esame di profili tecnico-discrezionali intrinseci al contenuto progettuale e riguardi invece difetti palesi che rendano la scelta tecnica abnorme o gravemente inadeguata.

Rilevante nel caso di specie – come contestato dall'Amministrazione – è anche l'orario di deposito dell'offerta della ricorrente, avvenuto solo poche ore dopo il sopralluogo.

Questo fa presumere che l'offerta sia stata redatta in poco tempo, senza alcun riferimento alle attrezzature e ai locali della UOC-MN del Policlinico, per la quale la gara stessa è stata indetta; infatti, sono riscontrabili anche "refusi" che sembrano riferirsi ad un'analogo gara indetta da un'altra Azienda (cfr. pag. 23 dell'offerta, che richiama gli Ospedali riuniti di Foggia).

Ergo, da un lato, se le clausole del bando erano oscure, la società aveva l'onere di immediata impugnativa del bando. Ma, dall'altro lato, tanto oscure, con evidenza, non sono state ritenute dal ricorrente, se l'offerta è stata formulata in breve tempo, subito dopo il sopralluogo effettuato, senza peraltro utilizzare tutto il tempo avuto a disposizione.

In definitiva, il motivo si appalesa come inammissibile.

6.3.- Con il *terzo motivo*, viene contestata la violazione o erronea applicazione della normativa di gara e degli artt. 66, 67 e 80, comma 5, lett. e), del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, e la violazione dei principi di trasparenza, tutela della concorrenza, non discriminazione e *par condicio*, nonché l'eccesso di potere per contraddittorietà, irragionevolezza, travisamento dei fatti, nonché l'eccesso di potere per ingiustizia manifesta, difetto d'istruttoria e carenza di motivazione.

Tanto, in quanto la società Beforpharma s.r.l. e il Policlinico di Bari hanno – in precedenza – partecipato al progetto "*PROwellbeingSTATE*" per lo sviluppo di un sistema per la gestione globale della salute del paziente con tumore prostatico e per la produzione, il controllo di qualità e la sperimentazione del radiofarmaco 68Ga-PSMA.

L'assunto è però contestato dall'Amministrazione, secondo la quale il progetto "*ProwellbeingSTATE*" non contiene alcun riferimento alla produzione, oltre che al controllo qualità e sperimentazione del 68Ga

PSMA per la sintesi, l'analisi e lo sviluppo di nuove preparazioni radiofarmaceutiche.

Il predetto progetto è, invece, stato finalizzato alla redazione di un protocollo per la sperimentazione clinica *no profit*, consistendo in attività di ricerca scientifica, comunque distinta dall'oggetto dell'appalto.

Né è accettabile l'idea che qualsivoglia pregresso coinvolgimento in attività di carattere scientifico da parte di un operatore economico lo rendano *ex se* incompatibile, ai fini della partecipazione ad appalti indetti successivamente in campi simili.

In primo luogo, perché non v'è una simile norma preclusiva, e, in secondo luogo, in quanto in tal modo ragionando si darebbe la stura ad un'inammissibile "logica del sospetto", che trasforma qualsiasi contatto o attività precedentemente svolta, peraltro nel campo scientifico e della ricerca, in indimostrate forme di vantaggio.

Ergo, non v'è prova alcuna del vizio dedotto. Il motivo è respinto.

6.4.- Con il *quarto motivo*, viene dedotta la violazione e/o erronea applicazione dell'art. 77, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, nonché l'eccesso di potere per difetto d'istruttoria e carente motivazione.

Segnatamente, viene rilevato che, ai sensi dell'art. 77, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici), i commissari non devono aver svolto, né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al "contratto di appalto", del cui affidamento si tratta.

Nella fattispecie contestata dalla ricorrente, il dott. -OMISSIS- avrebbe redatto il D.U.V.R.I. (documento di valutazione dei rischi da interferenza) della gara e, successivamente, avrebbe svolto anche la funzione di componente della Commissione giudicatrice.

Pur in disparte l'orientamento preferibile della giurisprudenza, secondo il quale l'art. 77, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 non può essere interpretato in termini automatici, dovendo essere “comprovata, sul piano concreto e di volta in volta, sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate” (Cons.St., sez. V, 11 settembre 2019 n. 6135), la doglianza non ha alcun rilievo, in quanto il D.U.V.R.I. non è un documento inerente all'appalto.

Non è infatti un capitolato (tecnico), né un disciplinare (amministrativo), rispetto all'indetta procedura di evidenza pubblica e al contratto di appalto da sottoscrivere.

Va rammentato che il D.U.V.R.I., in base all'art. 26 del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, è un documento redatto, nell'ambito della *disciplina della salute e sicurezza sul lavoro*, adottato dal “datore di lavoro” committente – quasi sempre sulla base della consulenza offerta dal R.S.P.P. (Responsabile del servizio prevenzione e protezione) e dal c.d. Medico competente – che promuove la collaborazione e il coordinamento con le imprese dell'appalto, quando vi siano rischi di “interferenza” tra le attività svolte dai lavoratori, indicando quali misure adoperare per eliminare o limitarne i detti rischi.

Trattasi di un documento che ha finalità affatto diverse rispetto alla procedura di evidenza pubblica e la cui applicazione, adattamento e aggiornamento avviene in fase di esecuzione dell'appalto, dove ne viene sperimentata la validità, previa riunione di coordinamento con l'impresa risultante appaltatrice, e indi soppesata la necessità di adeguamento e completamento.

Lo schema di D.U.V.R.I. predisposto in fase di procedimento di gara ha una mera funzione illustrativa. Difatti, sia il testo prodotto dal ricorrente (doc. n. 7) sia il testo prodotto dall'Amministrazione (doc. n. 2.11) non

sono sottoscritti, v'è agli atti infatti una mera bozza.

Sul punto, l'art. 26, comma 3, del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 (t.u. in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro) prevede che, nell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, tale documento è redatto, ai fini dell'affidamento del contratto, dal soggetto titolare del potere decisionale e di spesa relativo alla gestione dello specifico appalto (in sostanza il funzionario o dirigente, che emana la determinazione di spesa e di indizione della procedura di appalto).

Il vero D.U.V.R.I. è quello che, in realtà, verrà formalizzato solo successivamente all'individuazione dello specifico appaltatore, potendo solo in fase pre-esecutiva intervenire la sottoscrizione da parte dei "datori di lavoro" sia committente, sia appaltatore, ai sensi della normativa in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, previa "riunione di coordinamento". Peraltro il D.U.V.R.I. (documento di valutazione dei rischi da interferenza) svolge una funzione invero aggiuntiva, quando vi sia la compresenza dei lavoratori degli appaltatori su un dato luogo di lavoro, rispetto al D.V.R. (documento di valutazione dei rischi).

Dunque, il motivo va rigettato.

6.5.- Con il *quinto motivo*, è censurata la violazione e/o erronea applicazione degli artt. 77, 78 e 216 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, nonché l'eccesso di potere per difetto d'istruttoria e carenza di motivazione.

Viene addotta la carenza della predeterminazione dei criteri di trasparenza e di competenza da parte della Stazione appaltante nella nomina della Commissione giudicatrice, pure dubitandosene della imparzialità per pregresse attività svolte.

Il vizio dedotto è però una petizione di principio. La valutazione della competenza e professionalità dei componenti della commissione di gara

rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, che ha proceduto alla nomina dei componenti, verificando – come doveroso ai fini del contenimento della spesa – la disponibilità interna di personale già dipendente dell’Azienda, in considerazione delle specifiche professionalità e dell’aspetto tecnico complesso del compito d’assolvere.

Dalla disamina dei *curricula*, pure agli atti, se ne ricava l’adeguatezza rispetto all’oggetto dell’appalto.

Nessuna concreta violazione di regole di imparzialità è stata commessa (Cons. St., sez. III, 10 luglio 2019 n. 4865). Né può ammettersi che i componenti della commissione giudicatrice siano scelti mediante un procedimento di evidenza pubblica o previo gradimento da parte degli operatori economici, interessati ad una data procedura di appalto.

Anche tale motivo è quindi respinto.

6.6.- Con il *sesto motivo*, è lamentata la violazione e/o erronea applicazione dell’art. 72 del r.d. 23 maggio 1924 n. 827 e dell’art. 21 del disciplinare di gara, nella parte in cui escludono le offerte condizionate o espresse in modo indeterminato, nonché la violazione delle prescrizioni previste dalla normativa di gara (art. 2 del capitolato speciale) e l’eccesso di potere per difetto d’istruttoria e carenza di motivazione.

Segnatamente, adduce la società ricorrente che l’offerta dell’aggiudicataria presupporrebbe l’allestimento aggiuntivo di un “laboratorio microbiologico” e di una “sterility room” nel reparto di Medicina nucleare, quale prestazione aggiuntiva, epperò non prevista dal bando e incidente sulla struttura organizzativa dell’Azienda resistente. Detta previsione, indi, esorbiterebbe dall’oggetto dell’appalto e renderebbe incerte le prestazioni.

Al contrario, è stato replicato che l’aggiudicataria ha sicuramente proposto una modalità di esecuzione del test di sterilità, da eseguirsi all’interno della

UOC-MN, con attrezzature già presenti e senza variazioni sulla destinazione dei locali e personale.

Inoltre, il disciplinare di gara (art. 16, a pag. 39) prevedeva espressamente la possibilità per i concorrenti di apportare “proposte migliorative” per una più efficiente ed efficace gestione dell’espletamento del servizio oggetto di gara in termini di ricadute positive sul reparto ciò anche alla luce della presenza, nel reparto di Medicina nucleare, di un macchinario idoneo a tal fine (isolatore PHL) che può essere utilizzato appunto per eseguire pure i test di sterilità.

Invero, sia il bando di gara sia il suo disciplinare sottolineano in più passaggi che la finalità dell’appalto è proprio quella di individuare la soluzione migliore, quindi una soluzione di tipo aperto, utilizzando il più possibile le risorse già in dotazione alla U.O.C. di Medicina nucleare del “Policlinico di Bari”, in modo che, al termine del servizio, il reparto possa continuare ad aver attivo in maniera autonoma il sistema di qualità parametrato a elevati standard anche di sicurezza.

Del tutto legittimamente, dunque, la Commissione ha apprezzato la predetta soluzione migliorativa offerta dall’odierna deducente, rivelandosi essa pienamente conforme alle prescrizioni della *lex specialis* di gara.

Non si ravvisano, dunque, erronee valutazioni tecnico-discrezionali nel giudizio espresso dalla commissione giudicatrice, anche su detto punto.

In definitiva, il motivo va rigettato.

6.7.- Con il *settimo motivo*, viene dedotta la violazione e/o erronea applicazione degli artt. 80, 83, comma 1, 85 e 89, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e degli artt. 7, 8 e 15 del disciplinare di gara (avvalimento), nonché l’eccesso di potere per difetto d’istruttoria e carenza di motivazione.

Vi sarebbe una carenza documentale nella dichiarazione di avvalimento. Al contrario, la documentazione risulta *per tabulas* completa ed è stata versata in giudizio. Difatti, la “dichiarazione di impegno sottoscritta dall’impresa ausiliaria”, di cui si lamenta la carenza è stata prodotta dalla controinteressata in sede di partecipazione alla gara.

Pertanto, il dedotto vizio, basato su un presupposto *in toto* insussistente, va respinto.

6.8.- Con l’*ottavo motivo*, viene sollevata la violazione e/o erronea applicazione dell’art. 83 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e dell’art. 7.3 del disciplinare di gara, nonché l’eccesso di potere per difetto d’istruttoria e carenza di motivazione.

Stando al disciplinare, il concorrente deve aver eseguito, nell’ultimo triennio antecedente la data di scadenza per la presentazione delle offerte, servizi analoghi a quelli oggetto di gara di importo complessivo minimo pari a € 200.000,00, I.V.A. esclusa.

Viene contestato che Beforpharma s.r.l. abbia svolto servizi analoghi a quelli di produzione e controllo di qualità dei radiofarmaci, oggetto della procedura.

Sul punto però va evidenziato che l’art. 7.3 del disciplinare di gara richiede di produrre l’elenco di “servizi analoghi a quelli oggetto di gara”, non già un elenco di servizi identici.

In realtà, il R.U.P., considerato che l’oggetto di gara fosse in parte innovativo, ha correttamente preso in considerazione e reputato analoghi i servizi attinenti e relativi alla certificazione e produzione di radiofarmaci indicati dall’impresa Beforpharma a comprova del requisito *de quo*, rinvenendo in essi elementi di similitudine con quelli richiesti dal capitolato.

L'attività di preparazione – nell'ambito del settore radiofarmaceutico – in medicina nucleare, documentata dalla controinteressata nel predetto elenco, rientra nel settore oggetto di appalto, che consiste appunto nella produzione e nel controllo di qualità dei radiofarmaci nella medicina nucleare.

Infatti, il concetto di “servizio analogo” (e parimenti quello di “fornitura analoga”) deve essere inteso non come identità, bensì come mera similitudine tra le prestazioni richieste (Cons. St., sez. V, 6 aprile 2017 n. 1608; Cons. St., sez. V, 28 luglio 2015 n. 3717).

La valutazione tecnico-discrezionale compiuta dall'Amministrazione non è indi palesemente erronea o inficiata da vizi logico-giudici. Per cui il motivo va rigettato.

6.9.- Con il *nono motivo*, è censurata la violazione e/o erronea applicazione dell'art. 94, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e della normativa di gara, in particolare degli artt. 1 e 2 del capitolato speciale d'appalto, nonché la violazione e/o erronea applicazione della disciplina NBP-MN (“*Norme di buona preparazione*”) approvate con D.M. del Ministero della salute 30 marzo 2005.

Ancora una volta viene affermata la difformità dell'offerta della controinteressata, rispetto all'oggetto dell'appalto, in quanto risulterebbe che, contrariamente a quanto richiesto dal capitolato speciale d'appalto e dalla normativa di settore, Beforpharma s.r.l. abbia proposto ‘la generazione di due sistemi documentali separati’ per le preparazioni convenzionali (in conformità al NBP-MN – “*Norme di buona preparazione*”) ed estemporanee (in conformità alle G.M.P. – *Good Manufacturing Practice*)”.

Inoltre – a detta della ricorrente – la normativa applicata dall'offerta tecnica di Beforpharma s.r.l., alle preparazioni estemporanee (G.M.P.) è

diversa da quella richiesta dal capitolato speciale d'appalto (NBP-MN) prevista dalla disciplina vigente per le Medicine nucleari. E non sarebbe consentito di proporre due sistemi separati, anziché un unico sistema di qualità, come in effetti richiesto dal capitolato speciale d'appalto.

Contrasterebbe inoltre l'offerta dell'aggiudicataria con il D.M. del Ministero della salute 30 marzo 2005 (pubblicato sulla Gazzetta ufficiale 21 luglio 2005 n. 168), senza però specificare la particolare norma violata.

Tuttavia, anche le predette censure sono prive di fondamento.

Il profilo di vizio dedotto con richiamo al D.M. del 30 marzo 2005, che è composto di tredici punti più un allegato, è generico e comunque la lettura del predetto decreto non appalesa alcuna disposizione ostativa nel senso specifico dedotto dal ricorrente.

La disciplina del citato D.M. prevede infatti regole di cautela (validate a livello internazionale), che devono essere osservate nella preparazione dei radiofarmaci in fase esecutiva dell'appalto e vale per tutti i soggetti che operano del settore.

Dopo le considerazioni generali riferite all'obiettivo primario del sistema di assicurazione della qualità, che consiste, da un lato, nel garantire "la protezione del paziente da ogni tipo di esposizione indebita al rischio radiologico" e, dall'altro lato, nel perseguire "la massima efficacia diagnostica e terapeutica possibile del radiofarmaco", il D.M. contiene disposizioni in ordine ai seguenti aspetti: gestione della qualità, personale, documentazione, laboratorio e attrezzatura, materie prime, operazioni di preparazione, controllo della qualità, confezionamento ed etichettatura, stabilità del preparato, aspetti microbiologici, contratti esterni, sistemi computerizzati.

Trattasi di disposizioni dettate per la corretta esecuzione delle attività di

preparazione dei radiofarmaci, validi per chiunque svolga attività nel campo, oggetto di necessaria accettazione per tutti gli offerenti. Sul punto, la società ricorrente deduce una violazione del predetto decreto, con riferimento all'offerta della società aggiudicataria, senza però specificarne il profilo, né soprattutto dimostrarne la sostanza.

Va inoltre osservato che l'offerta tecnica della società aggiudicataria di due sistemi di qualità dedicati, rispettivamente uno tarato per le "preparazioni convenzionali" e l'altro apposto per le "preparazioni estemporanee", fornisce in realtà – come correttamente ritenuto dalla Commissione nei completi verbali di gara – una maggiore garanzia per il paziente.

La previsione di due sistemi combinati non è preclusa e resta comunque in sintonia con le norme G.M.P. ("*Good manufacturing practice*"), anglicismo che nel settore è tradotto, in modo non letterale, proprio con "*Norme di buona preparazione*", norme che rappresentano comunque uno *standard* sovrapponibile; semmai – come dedotto dall'Amministrazione – costituiscono uno *standard* più evoluto e più vincolante rispetto alle semplici NBP-MN ("*Norme di buona preparazione*") e rendono, quindi, l'offerta migliorativa, sotto tale profilo.

I miglioramenti, come già detto, sono consentiti dalla *lex specialis* di gara. Immune da vizi logico-giuridici si rivela dunque anche tale profilo della valutazione tecnico-discrezionale effettuata della Commissione, restando l'offerta della deducente coerente con la finalità della disciplina di gara, la quale – si badi – consentiva (anzi suggeriva di proporre e ricercava) soluzioni migliorative di implementazione del controllo di qualità dei radiofarmaci per la tutela del paziente.

Ergo, anche questo motivo va respinto.

6.10.- Con il *decimo* e l'*undicesimo* motivo, è lamentata la violazione e/o

erronea applicazione degli artt. 23, comma 15, e 97 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, ossia l'anomalia dell'offerta, nonché l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, manifesta irragionevolezza e carenza di motivazione.

Nella fattispecie – per la ricorrente – vi sarebbero indici di anomalia dell'offerta di Beforpharma s.r.l., in relazione all'impiego di manodopera dichiarato (“personale BeForPharma disponibile 7 giorni su 7 e 24 ore su 24”) e alla fornitura di costose attrezzature non previste negli atti di gara.

Ciò premesso, viene pure dedotto come incongruo il costo della manodopera indicato, in relazione alle tabelle del Ministero del lavoro, richiamate dall'art. 3 del disciplinare di gara.

Tuttavia, il due motivi sono sviluppati in modo ipotetico e non tengono in debito conto di quanto stabilito dall'art. 2 (*Descrizione del servizio*) del capitolato tecnico, il quale prevede che tutte le attività dovranno essere eseguite in nome e per conto dell'UOC-MN, all'interno della medesima struttura, in particolare “favorendo sempre l'inserimento delle figura professionali mediche e dei tecnici di radiologia medica afferenti al reparto”.

Quindi, non è possibile sviluppare – come invece pretende la società ricorrente – alcun computo dell'impiego del personale dell'appaltatore, avulso rispetto all'impiego del personale pubblico dell'UOC-MN, per dubitare, senza dimostrazione concreta, della congruità dei valori espressi nell'offerta.

Di conseguenza, le suddette censure devono ritenersi infondate.

6.11.- Con l'*ultimo punto* di ricorso (il dodicesimo), viene contestata la clausola di riservatezza per segreto industriale o commerciale, apposta in ordine alle offerte proposte, e viene impugnato il diniego opposto dall'Amministrazione alla richiesta di accesso all'offerta tecnica

dell'aggiudicataria, formulata dalla controinteressata.

Invero, da un lato, va condivisa l'obiezione sollevata dalle controparti, secondo cui l'oggetto e la finalità dell'appalto, volto a individuare soluzioni innovative per un *servizio di produzione e controllo di qualità* dei radiofarmaci per l'adeguamento della Unità operativa complessa di Medicina nucleare, rendono in sé non ostensibili le offerte tecniche, perlomeno nelle parti inerenti ai contenuti originali delle proposte offerte.

Dall'altro lato, stando l'infondatezza del ricorso, per come sopra motivato, peraltro non avendo la società ricorrente raggiunto la soglia-base di ammissibilità della propria offerta e, quindi, risultando esclusa dalla procedura, alcuna utilità e alcun interesse attuale e concreto permangono in capo alla società ricorrente in relazione all'ostensione del documento richiesto ("offerta tecnica" dell'aggiudicataria).

Pertanto, l'istanza va respinta.

7.- In conclusione, per le ragioni sopra esposte, i primi due motivi di ricorso sono dichiarati inammissibili, mentre i restanti motivi vanno respinti, perché infondati.

8.- Le spese non possono che seguire il principio della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara inammissibili i primi due motivi, respinge per il resto.

Condanna la società ricorrente Itel Telecomunicazioni s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore dell'Azienda ospedaliera-universitaria consorziale "Policlinico di Bari" e della controinteressata Beforpharma s.r.l., che si liquidano in € 2.000,00 per ciascuna parte, per complessivi €

4.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2020

con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Donatella Testini, Primo Referendario

Lorenzo Ieva, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Lorenzo Ieva

IL PRESIDENTE

Giuseppina Adamo

IL SEGRETARIO