

ISSN 1127-8579

Publicato dal 21/12/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37644-pu-essere-integrata-polizza-provvisoria-che-non-prevede-copertura-sanzione-pecunaria>

Autore: Lazzini Sonia

Può essere integrata polizza provvisoria che non prevede copertura sanzione pecunaria

la polizza fideiussoria che rappresenta la cauzione provvisoria della controinteressata non copre le sanzioni pecuniarie di cui agli art. 38 comma 2-bis e 46 comma 1-ter del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163.

Questa lacuna non determina tuttavia l'esclusione dalla gara, ma il semplice obbligo di integrazione della copertura, coerentemente con la regola che non associa cause di esclusione agli elementi accessori dell'offerta quali la cauzione provvisoria

(v. TAR Brescia Sez. II 22 ottobre 2013 n. 877);

<<Nel merito, vi sono due elementi che consentono di ritenere applicabile il potere-dovere di soccorso della stazione appaltante a proposito della cauzione provvisoria.

In primo luogo, l'art. 75 comma 1 del Dlgs. 163/2006 non prevede espressamente l'esclusione dalla gara come sanzione per la violazione dell'obbligo di presentare la cauzione provvisoria, a differenza di quanto stabilito nel successivo comma 8 a proposito dell'impegno a rilasciare la cauzione definitiva. Questa indicazione, seppure di carattere formale, va tenuta in debito conto, essendo vietata l'estensione in via analogica delle cause di esclusione.

Occorre poi considerare che in realtà la società ricorrente ha prodotto la medesima polizza fideiussoria già utilizzata nella precedente gara, identica per quanto interessa la posizione del fideiussore. Poiché la revoca della prima gara era finalizzata alla riedizione della stessa con alcune marginali modifiche si può ritenere che la fideiussione, dal punto di vista del garante, mantenga i propri effetti anche in relazione alla nuova gara.

Il problema è dunque soltanto la durata della garanzia, che non copre tutti i 180 giorni di validità dell'offerta, ma questa lacuna è qualificabile come un'irregolarità sanabile. Non si verifica infatti incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, o su un elemento essenziale, ma vi è unicamente un'imperfezione su un elemento accessorio come il termine entro cui l'offerente rimane vincolato alla sua proposta. L'interesse della

stazione appaltante può quindi essere facilmente tutelato senza in alcun modo manipolare l'offerta o modificarne il peso in relazione al contenuto delle proposte degli altri concorrenti. In definitiva, alla società ricorrente doveva essere rivolto l'invito a produrre entro il 24 febbraio 2013 un'estensione della polizza originaria o una nuova polizza, anche con un diverso fideiussore.>>

passaggio tratto dall'ordinanza numero 1319 dell' 8 luglio 2015 pronunciata dal Tar Lombardia, Brescia

.

a cura di Sonia Lazzini

N. 01319/2015 REG.PROV.CAU.

N. 01204/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1204 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

ricorrente SRL, rappresentata e difesa dagli avv. Guido Bardelli, Maria Alessandra Bazzani, Sara Giampaoli e Carlo Zorat, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Brescia, via delle Battaglie 50;

contro

AZIENDA OSPEDALIERA "MELLINO MELLINI" DI CHIARI, rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Braga, con domicilio eletto presso il medesimo legale in Brescia, via Tosio 11;

nei confronti di

controinteressata SPA, rappresentata e difesa dagli avv. Fabio Dani, Cristiana Carpani e Michele Bonetti, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Brescia, via Vittorio Emanuele II 1;
AZIENDA OSPEDALIERA DELLA PROVINCIA DI LODI, AZIENDA OSPEDALIERA BOLOGNINI DI SERIATE,
AZIENDA OSPEDALIERA DI DESENZANO DEL GARDA, AZIENDA OSPEDALIERA DI PAVIA, ASL DELLA
PROVINCIA DI CREMONA, ASL DELLA PROVINCIA DI LODI, ASL DELLA PROVINCIA DI BRESCIA, ASL
DELLA PROVINCIA DI PAVIA, non costituitesi in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- della deliberazione del direttore generale n. 181 del 15 aprile 2015, con la quale è stato aggiudicato alla controinteressata controinteressata spa il servizio di archiviazione di dati amministrativi, sanitari e clinici (lotto 1) per un periodo di sei anni;

- dei verbali e degli altri atti di gara;

- con dichiarazione di inefficacia del contratto e condanna al risarcimento;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera "Mellino Mellini" e di controinteressata spa;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cpa;

Visti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2015 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato a un sommario esame:

1. L'AO "Mellino Mellini" di Chiari, quale capofila, ha indetto per sé e per altre aziende ospedaliere e ASL della Regione una gara in forma aggregata per affidamento del servizio di archiviazione di dati amministrativi, sanitari e clinici per un periodo di sei anni. Con deliberazione del direttore generale n. 181 del 15 aprile 2015 il lotto 1 è stato aggiudicato alla controinteressata controinteressata spa.
2. La gara si è svolta con procedura informatica (*e-procurement*) mediante la piattaforma Sintel. Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
3. La ricorrente ricorrente srl, collocatasi al secondo posto con 95,51 punti (contro i 96,59 della controinteressata), ha proposto impugnazione esponendo varie censure, integrate con motivi aggiunti dopo l'acquisizione di copia dell'offerta tecnica della controinteressata.
4. Sulla vicenda contenziosa si possono formulare le seguenti considerazioni:

(a) relativamente alla mancata indicazione del prezzo unitario nella voce 18 dell'offerta economica della controinteressata, si osserva che tale prezzo risulta inserito nella piattaforma Sintel mediante il "documento di offerta", ed è comunque desumibile attraverso un semplice rapporto matematico anche dal subtotale 2 della "scheda offerta";

(b) l'indicazione per la voce 4.b di un prezzo unitario pari a quello a base d'asta si deve considerare perfettamente ammissibile, essendo vietati unicamente gli importi in rialzo. All'interno di un'offerta composta da molte voci, del resto, è normale che i ribassi possano riguardare solo alcune di queste, secondo le scelte discrezionali e le possibilità organizzative di ciascun concorrente;

(c) la polizza fideiussoria che rappresenta la **cauzione** provvisoria della controinteressata non copre le sanzioni pecuniarie di cui agli art. 38 comma 2-bis e 46 comma 1-ter del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163. Questa lacuna non determina tuttavia l'esclusione dalla gara, ma il semplice obbligo di integrazione della copertura, coerentemente con la regola che non associa cause di esclusione agli elementi accessori dell'offerta quali la **cauzione** provvisoria (v. TAR Brescia Sez. II 22 ottobre 2013 n. 877);

(d) per quanto riguarda le modalità di esecuzione del servizio, il disciplinare tecnico (punto 3.a.2) consente ai concorrenti di indicare il costo del trasporto della documentazione dal magazzino del gestore uscente a quello dell'aggiudicatario, ma riserva alle singole ASL la facoltà di attribuire o meno tale servizio all'aggiudicatario o a un altro soggetto. Questa soluzione non viola il principio di trasparenza e non rende indeterminate le regole della gara. In realtà, è normale che a un appalto di servizi faccia da corollario una serie di prestazioni accessorie, marginali rispetto al valore del servizio principale, che la stazione appaltante si riserva di attribuire in un secondo momento. La formulazione di un prezzo per tali prestazioni viene chiesta utilizzando legittimamente la gara come veicolo per un'indagine di mercato;

(e) la circostanza che l'apertura delle offerte tecniche sia avvenuta in seduta riservata, contrariamente alle indicazioni (peraltro non del tutto chiare) del disciplinare di gara e in difformità dal principio generale della materia, non produce nel caso in esame alcuna conseguenza negativa circa la trasparenza e l'attendibilità della gara. La procedura, infatti, svolgendosi mediante la piattaforma Sintel, è perfettamente tracciabile in ogni passaggio, e non consente alcuna alterazione dei dati inseriti dai concorrenti. Per le informazioni già acquisite dal sistema informatico e non modificabili sono quindi superflue le cautele riservate all'apertura dei plichi cartacei, i quali sono invece facilmente manipolabili;

(f) la censura sulla custodia dei plichi appare generica, e comunque inidonea a mettere in dubbio la sicurezza dei dati conservati nel sistema informatico;

(g) per quanto riguarda la valutazione dell'offerta tecnica, il metodo del confronto a coppie, una volta impostate correttamente le matrici, è idoneo a produrre risultati razionali senza necessità di una motivazione integrativa o di confronti con alternative reali o virtuali di riferimento (v. TAR Brescia Sez. II 8 maggio 2012 n. 793). In particolare, non può costituire alternativa di riferimento, o parametro di ragionevolezza del risultato, l'affermazione che una delle offerte sottoposte al confronto a coppie, nello specifico quella della ricorrente, sia maggiormente aderente alle prescrizioni del disciplinare tecnico. Nessun rilievo può avere, a maggior ragione, il fatto che la maggiore aderenza riguardi il numero di pagine dedicato alla descrizione delle caratteristiche dell'offerta;

(h) le miglorie alla tempistica del servizio offerte dalla controinteressata non sembrano insostenibili, tenendo conto delle indicazioni sui tempi di percorrenza fornite da Google Maps (v. doc. 19-20-21 della controinteressata);

(i) la catalogazione dei documenti, a differenza della presa in carico, non deve svolgersi necessariamente presso una struttura ospedaliera (v. punto 3.a.4 del disciplinare tecnico), e dunque l'offerta della controinteressata non si discosta dalle indicazioni della *lex specialis*;

(j) nell'offerta della controinteressata il sistema informatico appare sufficientemente descritto, in forma sintetica, ai punti 7.2 e 7.5 della relazione tecnica;

(k) la scelta della controinteressata di non indicare il numero esatto di addetti al servizio ma solo le caratteristiche professionali del personale a disposizione appare legittima, in quanto consente comunque alla stazione appaltante di valutare la qualità dell'organigramma. Spetta poi all'impresa, nella sua libertà organizzativa, l'individuazione di un contingente di personale adeguato agli impegni assunti in sede di gara;

(l) i costi di recapito delle cartelle cliniche e di altra documentazione, che sono una delle numerose voci di costo, non sembrano sufficienti da soli a far dubitare dell'economicità dell'offerta della controinteressata.

5. In conclusione non sussistono i presupposti per concedere una misura cautelare sospensiva.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

(a) respinge la domanda cautelare;

(b) fissa la trattazione del merito all'udienza pubblica del 28 ottobre 2015;

(c) compensa le spese della fase cautelare.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mauro Pedron, Presidente, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **08/07/2015**

IL SEGRETARIO

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