



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1237 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

CSM - COOPERATIVA SOCIALE MONZESE ONLUS, rappresentata e difesa dagli avv. Leonardo Salvemini e Alessandra Brignoli, con domicilio presso la segreteria del TAR in Brescia, via Zima 3;

contro

AZIENDA OSPEDALIERA OSPEDALI RIUNITI DI BERGAMO, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Colombo, con domicilio eletto presso l'avv. Mirko Brioni in Brescia, via Vittorio Emanuele II 60;

nei confronti di

MARKAS SRL, BERGAMO SOCCORSO SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE ONLUS, CIDAS SCARL, CROCE AMICA ONE ITALIA SRL, TECNOSERVICE SRL, non costituitesi in giudizio;

per l'annullamento

(a) nel ricorso introduttivo:

- della nota del direttore amministrativo prot. n. 39361 dell'11 ottobre 2012, con la quale è stata respinta la richiesta della ricorrente di essere rimessa in termini per l'effettuazione del sopralluogo relativo alla procedura aperta con piattaforma SinTel per il servizio di trasporto intraospedaliero di pazienti ed emocomponenti presso l'Azienda Ospedaliera Papa Giovanni XXIII (durata 48 mesi con eventuale rinnovo per ulteriori 48 mesi);
- del bando di gara pubblicato sulla GUUE del 12 settembre 2012, nella parte in cui (sezione VI.3 - *Informazioni complementari*) stabilisce che l'ammissione alla procedura è subordinata alla partecipazione all'incontro preliminare/sopralluogo obbligatorio secondo le modalità indicate dal regolamento di gara;
- del regolamento di gara del 14 settembre 2012, nella parte in cui (art. 2) dispone che la mancata partecipazione all'incontro preliminare/sopralluogo nella data stabilita (3 ottobre 2012 alle ore 11.00) equivale alla presentazione di un'offerta priva di un elemento essenziale ai sensi dell'art. 46 comma 1-bis del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163;
- del capitolato speciale, nella parte in cui (art. 4) rinvia alla data e alle modalità dell'incontro preliminare/sopralluogo indicate nel regolamento di gara;

(b) nei motivi aggiunti:

- degli stessi atti già impugnati nel ricorso introduttivo;
- della nota del direttore amministrativo prot. n. 50427 del 27 dicembre 2012, con la quale è stata comunicata l'esclusione della ricorrente per la mancata partecipazione all'incontro preliminare/sopralluogo obbligatorio e per l'inidoneità della cauzione provvisoria;

- della deliberazione del direttore generale n. 1584 del 19 dicembre 2012, con la quale sono stati approvati i verbali n. 1 e 2 della commissione amministrativa, contenenti tra l'altro la decisione di non ammettere alla procedura il raggruppamento temporaneo della ricorrente a causa della mancata partecipazione all'incontro preliminare/sopralluogo e dell'inidoneità della cauzione provvisoria;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Bergamo;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 luglio 2013 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Bergamo ha indetto con deliberazione del direttore generale n. 1141 del 30 agosto 2012 una procedura aperta su piattaforma SinTel per l'affidamento del servizio di trasporto intraospedaliero di pazienti ed emocomponenti presso l'Azienda Ospedaliera Papa Giovanni XXIII (durata 48 mesi con eventuale rinnovo per ulteriori 48 mesi). Quale modalità di aggiudicazione è stato scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il valore complessivo del servizio (compreso il rinnovo) è stato indicato in € 7.600.000 (Iva esclusa). Il termine di presentazione delle domande era fissato al 30 ottobre 2012.

2. Una procedura con il medesimo oggetto era stata indetta con deliberazione del direttore generale n. 702 del 30 maggio 2012, ma l'Azienda Ospedaliera aveva poi deciso di revocarla per adeguarsi alle indicazioni fornite dal TAR Brescia nell'ordinanza cautelare n. 373 del 2 agosto 2012 (emessa nel ricorso n. 910/2012), relativamente ai requisiti di capacità tecnica e ai requisiti di capacità economica e finanziaria. A tale procedura aveva partecipato anche l'attuale ricorrente Cooperativa Sociale Monzese Onlus.

3. Nella procedura rinnovata, che costituisce l'oggetto del presente ricorso, il bando stabilisce (sezione VI.3 - *Informazioni complementari*) che l'ammissione è subordinata alla partecipazione a un incontro preliminare/sopralluogo obbligatorio, secondo le modalità indicate dal regolamento di gara. A sua volta, il regolamento di gara dispone (art. 2) che la mancata partecipazione all'incontro preliminare/sopralluogo nella data stabilita (3 ottobre 2012, ore 11.00, presso il Nuovo Ospedale di Bergamo) equivale alla presentazione di un'offerta priva di un elemento essenziale ai sensi dell'art. 46 comma 1-*bis* del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163. Infine, il capitolato speciale rinvia (art. 4) alla data e alle modalità dell'incontro preliminare/sopralluogo indicate nel regolamento di gara.

4. Il presidente della società ricorrente con e-mail e fax del 3 ottobre 2012 ha comunicato all'Azienda Ospedaliera di essere impossibilitato, per motivi personali indipendenti dalla propria volontà, a partecipare all'incontro preliminare/sopralluogo, e ha chiesto la fissazione di una nuova data.

5. L'Azienda Ospedaliera ha però respinto la richiesta (v. nota del direttore amministrativo dell'11 ottobre 2012).

6. Contro la suddetta nota, nonché contro gli atti di gara nella parte in cui prevedono la partecipazione obbligatoria a un incontro preliminare/sopralluogo e stabiliscono che la mancata partecipazione equivale alla presentazione di un'offerta priva di un elemento essenziale ai sensi dell'art. 46 comma 1-*bis* del Dlgs. 163/2006, la società ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 6 novembre 2012 e depositato il 16 novembre 2012. La tesi del ricorso è così riassumibile: in un appalto di servizi (non interessato dalla previsione specifica in materia di lavori

pubblici ex art. 106 comma 2 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207) la sanzione dell'allontanamento dalla gara per mancata partecipazione a un incontro preliminare/sopralluogo costituisce una violazione dell'art. 46 comma 1-bis del Dlgs. 163/2006, in quanto amplia eccessivamente, e in senso formalistico, le cause di esclusione dalla procedura, senza alcuna necessità né ai fini della *par condicio* né in relazione alle esigenze organizzative della stazione appaltante, in particolare se si considera che nello specifico intercorre quasi un mese tra la data dell'incontro (3 ottobre 2012) e la scadenza del termine di presentazione delle offerte (30 ottobre 2012).

7. In seguito, il direttore amministrativo con nota del 27 dicembre 2012, richiamando la deliberazione del direttore generale n. 1584 del 19 dicembre 2012 e i verbali n. 1 e 2 della commissione amministrativa, ha comunicato l'esclusione della società ricorrente per due ragioni: (a) mancata partecipazione all'incontro preliminare/sopralluogo, e (b) inidoneità della cauzione provvisoria. Sotto quest'ultimo profilo, bisogna chiarire che quale cauzione provvisoria la società ricorrente aveva presentato la stessa polizza fideiussoria già prodotta nella gara avente il medesimo oggetto e poi revocata dall'Azienda Ospedaliera. L'unico punto della polizza non adeguato alla nuova procedura è la durata della garanzia, che scade il 24 febbraio 2013 e quindi non copre per intero il termine di 180 giorni (decorrente dal 30 ottobre 2012) previsto dal bando (sezione IV.3.7) come periodo entro il quale le offerte rimangono vincolanti.

8. Contro la nota del 27 dicembre 2012 e gli atti in questa richiamati, nonché nuovamente contro gli atti impugnati con il ricorso introduttivo, la società ricorrente ha presentato motivi aggiunti, notificati il 26 gennaio 2013 e depositati l'8 febbraio 2013. Con riferimento alla cauzione provvisoria, la società ricorrente evidenzia di aver dichiarato in sede di gara che la polizza fideiussoria doveva intendersi rinnovata, e sostiene comunque che questo tipo di garanzia non sarebbe strettamente collegato alla figura del garante, potendo subentrare un diverso garante tra la cauzione provvisoria e quella definitiva.

9. L'Azienda Ospedaliera si è costituita in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso. Nei confronti dei motivi aggiunti l'amministrazione ha anche formulato eccezioni di tardività e inammissibilità. Quanto al ricorso introduttivo, l'amministrazione sostiene che lo stesso sarebbe, oltre che infondato, intempestivo, non essendovi ancora a quella data un provvedimento di esclusione.

10. Questo TAR con ordinanza cautelare n. 104 del 7 marzo 2013 ha sospeso gli atti impugnati. In esecuzione di tale ordinanza la società ricorrente è stata riammessa in via provvisoria alla procedura.

11. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione, si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Relativamente all'incontro preliminare/sopralluogo

12. Una volta appreso, tramite la nota del direttore amministrativo dell'11 ottobre 2012, che la stazione appaltante non avrebbe concesso lo spostamento della data dell'incontro preliminare/sopralluogo, la società ricorrente aveva un interesse attuale a proporre impugnazione. La suddetta nota non si limita infatti a negare lo spostamento, ma specifica che (a) nella *lex specialis* la partecipazione al sopralluogo è prevista a pena di esclusione, e (b) l'eventuale deroga concessa alla società ricorrente avrebbe comportato una violazione della *par condicio*. Era quindi corretto individuare in questa comunicazione un vero e proprio atto di esclusione. La società ricorrente avrebbe potuto insistere nella procedura per provocare un ripensamento da parte della stazione appaltante, ma a fronte della chiarezza della nota dell'11 ottobre 2012 era anche perfettamente legittimata a perseguire giudizialmente la piena tutela del bene della vita negato (tempestiva riammissione alla gara in condizione di parità con gli altri concorrenti).

13. La qualificazione dell'incontro preliminare/sopralluogo come elemento essenziale dell'offerta è codificata unicamente per le procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici (v. art. 106 comma 2 del DPR 207/2010). Nei restanti appalti la legittimità di un'analoga previsione eventualmente inserita nella *lex*

specialis deve essere valutata in concreto. È evidente, infatti, che la sanzione dell'esclusione collegata a un simile adempimento può essere considerata legittima solo quando vi siano ragioni oggettive e immediatamente percepibili che possano far presumere l'assoluta inidoneità dell'offerta, se formulata in assenza della preventiva visione dei luoghi di esecuzione dell'appalto.

14. Si tratta comunque di una presunzione che ammette prova contraria. Senza un fondamento nel codice dei contratti pubblici (o nel regolamento attuativo) le stazioni appaltanti non possono, infatti, alterare la regola generale secondo cui la qualità del progetto del servizio o della fornitura (in tutte le sue gradazioni: dall'inutilizzabilità all'eccellenza) deve essere valutata dalla commissione istituita per l'esame della componente tecnica dell'offerta, con le garanzie assicurate dalla competenza professionale dei commissari. Il rischio ricade a questo punto sul concorrente che non ha effettuato il sopralluogo, la cui offerta potrebbe non essere perfettamente adeguata alle esigenze della stazione appaltante, con le conseguenti penalizzazioni di punteggio.

15. Nello specifico, il servizio risulta dettagliatamente descritto dal capitolato speciale e dai relativi allegati, e dunque non vi sono ragioni a favore dell'obbligo inderogabile di partecipazione all'incontro preliminare/sopralluogo.

16. Alla forzatura contenuta nella *lex specialis* si aggiunge poi una distorsione nel comportamento della stazione appaltante. L'Azienda Ospedaliera ha, infatti, inteso il carattere asseritamente essenziale del sopralluogo come riferito anche alla data dello stesso. La società ricorrente si era in realtà dichiarata disponibile a effettuare il sopralluogo in un giorno diverso, e aveva comunicato la richiesta di spostamento della data quando la scadenza del termine di presentazione delle offerte era ancora molto lontana, il che avrebbe permesso alla stazione appaltante di organizzarsi senza particolari difficoltà (non potendo essere considerato un ostacolo insormontabile il fatto che il servizio fosse riferito a una sede ospedaliera di nuova realizzazione), e soprattutto senza doversi porre il problema se autorizzare in seguito la presentazione dell'offerta fuori termine.

17. Un semplice differimento della data del sopralluogo non avrebbe comportato alcuna lesione della *par condicio*, sia perché, come si è visto, il termine di presentazione delle offerte era ancora aperto, sia perché la richiesta della società ricorrente era diretta a ristabilire la parità di informazioni con gli altri concorrenti, non a conseguire una posizione privilegiata. Era quindi doveroso da parte della stazione appaltante assumere un atteggiamento collaborativo che consentisse il mantenimento all'interno della gara del maggior numero di concorrenti.

Relativamente alla cauzione provvisoria

18. Si osserva innanzitutto che la censura proposta nei motivi aggiunti circa la cauzione provvisoria non è tardiva. Il fatto che alla riunione pubblica della commissione del 13 novembre 2012 (quando è stato rilevato il problema) abbia preso parte un delegato della società ricorrente non determina la piena conoscenza che fa decorrere il termine di impugnazione. Come nell'ipotesi dell'aggiudicazione provvisoria (v. TAR Brescia Sez. II 17 novembre 2011 n. 1586), anche qui il procedimento non è ancora concluso, e dunque la conoscenza del primo orientamento della stazione appaltante appare imperfetta e instabile, finché non intervenga un provvedimento (comunicato all'interessato) che ne ufficializzi il contenuto. La stessa comunicazione dell'aggiudicazione definitiva potrebbe del resto non essere sufficiente, negli appalti più complessi, a determinare la piena conoscenza necessaria ai fini dell'impugnazione (v. TAR Brescia Sez. II 18 marzo 2013 n. 268). Per quanto riguarda specificamente l'esclusione dalla gara, l'ordinamento comunitario esige che il concorrente abbia avuto una conoscenza dei motivi di esclusione idonea a consentirgli di proporre ricorso in modo efficace (v. C.Giust. Sez. III 28 gennaio 2010 C 406/08, *Uniplex*, punti 30 e 31). Questo implica che al concorrente sia assicurata la certezza del diritto mediante la comunicazione in forma definitiva della decisione della stazione appaltante, circostanza che nello specifico è collegabile alla nota del 27 dicembre 2012.

19. Ancora in via preliminare, non sembra condivisibile neppure l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti per mancanza di connessione con il ricorso introduttivo. Nelle due impugnazioni sono proposti argomenti certo distinti, ma perfettamente riconducibili alla medesima gara, e ancora più specificamente alla fase di verifica delle condizioni di ammissione alla stessa. Il tutto dal punto di vista dell'interesse della società ricorrente a essere riammessa. La trattazione in un unico giudizio risulta quindi ampiamente giustificata. Non costituisce un ostacolo il fatto che, a causa del naturale sviluppo della procedura, quando sono stati formulati i motivi aggiunti fossero individuabili anche dei controinteressati, i quali in effetti sono stati regolarmente convenuti. In realtà, la concentrazione processuale del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti riflette soltanto l'interesse della parte ricorrente nei confronti dei provvedimenti impugnati, e pertanto, quando alcuni dei suddetti provvedimenti abbiano dei controinteressati, tollera anche l'asimmetria delle parti convenute in giudizio.

20. 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.

21. 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.

22. 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.

Conclusioni

23. Il ricorso deve quindi essere accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati, nella parte in cui determinano l'esclusione della società ricorrente. Dalla presente pronuncia deriva il consolidamento della riammissione della società ricorrente alla procedura di gara, finora fondata sull'ordinanza cautelare. La complessità di alcune questioni, in particolare per quanto riguarda la qualificazione della polizza fideiussoria come documento trasferibile dalla prima alla seconda gara, consente la compensazione delle spese di giudizio.

24. Il contributo unificato è a carico dell'Azienda Ospedaliera ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis.1 del DPR 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso, e conseguentemente annulla gli atti impugnati. Spese compensate. Contributo unificato a carico dell'Azienda Ospedaliera.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/10/2013

IL SEGRETARIO

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