



Determinazione del Direttore Generale n. 318 del 15 FEB. 2017 Atti n.

avente come oggetto: "Presenza d'atto sentenza Tar Milano n.1383/2016 e conseguenti adempimenti"

ATTESTAZIONE REGOLARITA' ISTRUTTORIA E LEGITTIMITA' DEL PROVVEDIMENTO

1. Breve esposizione del contenuto della determinazione

Procedura aperta, in unione d'acquisto, per l'appalto della fornitura di dispositivi diversi, per 60 mesi, occorrenti alla Fondazione IRCCS "Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico" ed ai seguenti enti aggregati: Azienda Ospedaliera "Niguarda Ca' Granda", Azienda Ospedaliera "Istituti Clinici di Perfezionamento", Azienda Ospedaliera "San Gerardo" e Fondazione IRCCS "Istituto Nazionale dei Tumori".

Presenza d'atto sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia n.1383/2016 e conseguenti adempimenti

Pagamento spese legali alla società Coremec S.r.l. con sede legale in Nichelino (TO).

2. Estremi relativi ai principali documenti e/o normative citate

D.lgs. 163/2006.

Nota Atti 928/2015 in data 11.12.2015 UOC Approvvigionamenti / Coremec S.r.l. .

Sentenza Tar Milano n.1383/2016.


Nota Ufficio Affari Legali e delle Assicurazioni del 08.02.2017.

Nota Studio Legale Associato Baroni - De Censi - Fedeli del 08.02.2017.

3. Attestazione contabile

La presente determina comporta oneri pari a € 6.784,00=.

Pratica gestita da Marino Osvaldo Dagradi


Responsabile del procedimento

Ufficio Affari legali e delle assicurazioni

avv. Giuseppina Verga

Milano, 09.02.2017





Determinazione del Direttore Generale n. **318** del **15 FEB. 2017**, Atti n.

ATTESTAZIONE COPERTURA ECONOMICA/PATRIMONIALE

Il costo complessivo di € 6.784,00=sarà imputato nel BPE così come segue:

BILANCIO	N. CONTO E DESCRIZIONE	N. IMPEGNO	PROGETTO	IMPORTO 2017	IMPORTO 2018	IMPORTO 2019	TOTALI
SAN	678045 Indennizzi e risarcimenti	2017000290	LEGALE-034	€ 6.784,00=			€ 6.784,00=
Totale				€ 6.784,00=			€ 6.784,00=
RIC							
Totale							
TOTALE				€ 6.784,00=			€ 6.784,00=

Milano, 10/2/17

Il Direttore della UDC Economico-Finanziaria

(Dot. Roberto Alberti)



Determinazione del Direttore Generale n. **318** del **15 FEB. 2017**, Atti n.

Pag. 3

OGGETTO: "PRESA D'ATTO SENTENZA TAR MILANO N.1383/2016 E CONSEGUENTI ADEMPIMENTI".

IL DIRETTORE GENERALE

su proposta del Dirigente Responsabile Ufficio Affari legali e delle assicurazioni

PREMESSO che con ricorso promosso avanti al TAR per la Lombardia Coremec S.r.l. chiedeva l'annullamento, previa sospensione: «Della Determinazione Prot.n.928 del 11/12/2015 con cui veniva disposta l'esclusione della Coremec S.r.l. dalla gara espletata tramite il sistema SINTEL – relativamente ai Lotti 15-16-17-18- per l'assegnazione della fornitura di dispositivi diversi, per 60 mesi (5 anni), occorrenti alla fondazione IRCCS "CA' GRANDA – OSPEDALE MAGGIORE POLICLINICO ED ALTRI ENTI AGGREGATI, della risposta alla preinformativa prot.n. 928/2015 del 30/12/2015 con cui veniva confermato il precedente provvedimento d'esclusione nei confronti di Coremec S.r.l., dei verbali di gara Prot. 928/2015 all.145 del 02/12/2015 ed all. 146 del 10/12/2015, nonché di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso e/o conseguente, anche non cognito, se e per quanto occorrer possa

nonché per l'annullamento, previa declaratoria d'inefficacia

dei contratti e/o ordinativi di fornitura (non cogniti) inviati dalla Fondazione CA' GRANDA e/o dai singoli Enti Ospedalieri Aggregati per l'illegittimità derivata dall'illegittimità propria di tutti gli atti sopra impugnati nonché per la condanna

al risarcimento dei danni tutti subiti dalla Coremec S.r.l. in conseguenza dell'illegittima esclusione adottata nei suoi confronti nonché per mancato affidamento della procedura in questione, da ristorare in forma specifica nonché, in subordine, per equivalente economico»;

DATO ATTO che, con disposizione presidenziale, in data 22.01.2016, la Fondazione IRCCS conferiva incarico professionale all'avv. Bassano Baroni e l'avv. Alberto Vittorio Fedeli al fine di procedere alla costituzione della Fondazione IRCCS nel predetto giudizio promosso da Coremec S.r.l. avanti il TAR per la Lombardia nonché per l'esperimento di ogni più opportuna iniziativa diretta alla salvaguardia degli interessi e dei diritti dell'Ente, procedendo alle difese all'uopo ritenute necessarie;

VISTA la sentenza n.1383/2016 del Giudice Amministrativo, qui di seguito integralmente riportata:

«SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 145 del 2016, proposto da: Coremec S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Stefanelli e Claudio Mattina, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Milano, Via F. Guicciardini, 4;

contro

Fondazione Irccs "Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico", rappresentata e difesa dagli avv.ti Alberto Vittorio Fedeli e Bassano Baroni, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, Via Vincenzo Monti, 56;

nei confronti di

Arca - Azienda Regionale Centrale Acquisti Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudia Sala e Stefano Marras, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale Arca Spa in Milano, Via F. Filzi, 22;

per l'annullamento

della Determinazione Prot n. 928 dell' 11/12/2015 con cui veniva disposta l'esclusione della Coremec S.r.l. dalla gara espletata tramite il sistema SINTEL - relativamente ai Lotti 15-16-17-18 -per l'assegnazione della fornitura di dispositivi clinici, per 60 mesi occorrenti alla Fondazione Irccs "Ca' Granda - Ospedale-Maggiore

B





Determinazione del Direttore Generale **318** del **15 FEB. 2017**, Atti n.

Policlinico" ed altri Enti Aggregati, della risposta alla prerinformativa prot.n. 928/2015 del 30/12/2015 con cui veniva confermato il precedente provvedimento d'esclusione nei confronti di Coremec S.r.l.; dei verbali di gara Prot. 928/2015 al 1.145 del 02/12/2015 ed all. 146 del 10/12/2012; nonché di ogni altro atto connesso; nonché per l'annullamento, previa declaratoria d'inefficacia dei contratti e/o ordinativi di fornitura (non cognitivi) inviati dalla Fondazione CA' GRANDA e/o dai singoli Enti Ospedalieri Aggregati per illegittimità derivata dall'illegittimità propria di tutti gli atti sopra impugnati; nonché per la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni tutti subiti dalla Coremec s.r.l. in conseguenza dell'illegittima esclusione adottata nei suoi confronti e per mancato affidamento della procedura in questione, da ristorare in forma specifica o in subordine, per equivalente economico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Irccs "Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico" e di Arca - Azienda Regionale Centrale Acquisti Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2016 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Fondazione Irccs "Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico" di Milano (di seguito, per brevità, anche solo "Fondazione" oppure "resistente"), indiceva una procedura di gara aperta per la fornitura di dispositivi medici diversi, da svolgersi in forma elettronica mediante l'ausilio del Sistema telematico della Regione Lombardia, denominato Sintel.

L'appalto era suddiviso in 34 lotti.

La società Coremec Srl presentava offerta - in formato elettronico - per i lotti 15, 16, 17 e 18.

In esito alle sedute pubbliche della Commissione di gara del 2 e del 10 dicembre 2015, la società esponente era esclusa, in quanto le offerte erano reputate prive del deposito cauzionale provvisorio e dell'impegno del fidejussore al rilascio della cauzione definitiva, ai sensi dell'art. 75, commi 1 e 8 del D.Lgs. 163/2006.

In particolare, secondo la stazione appaltante, il file caricato sulla piattaforma Sintel contenente i due documenti succitati risultava illeggibile, senza che fossero ravvisate anomalie di funzionamento ascrivibili alla piattaforma stessa.

Contro il provvedimento di esclusione ed altri atti connessi (verbali di gara) era proposto il presente ricorso, con domanda di sospensiva.

Si costituiva in giudizio la Fondazione, concludendo per l'inammissibilità e in ogni caso per l'infondatezza nel merito del gravame.

Si costituiva altresì la società Arca Spa, vale a dire la società controllata da Regione Lombardia e svolgente il ruolo di gestore della piattaforma Sintel.

In esito alla camera di consiglio del 25.2.2016, la domanda di sospensiva era accolta con ordinanza della IV Sezione del TAR Lombardia n. 228/2016.

L'ordinanza era impugnata davanti al Consiglio di Stato, ma all'udienza camerale del 16.6.2016, la Fondazione rinunciava all'appello cautelare (cfr. l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 2220/2016).

Alla pubblica udienza del 23.6.2016 davanti al TAR, la causa era discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa di parte resistente.

15





Determinazione del Direttore Generale n. 318 del 15 FEB. 2017 Atti n.

Secondo quest'ultima, in particolare, il ricorso sarebbe inammissibile, ai sensi dell'art. 41 del c.p.a., per omessa notificazione ad un controinteressato, individuato nella società Medline Int. Italy Srl, vale a dire l'impresa aggiudicataria provvisoria nei lotti da 15 a 18, lotti per i quali invece la ricorrente è stata esclusa (cfr., per l'aggiudicazione provvisoria, il doc. 2 della resistente, cioè la copia del verbale della seduta pubblica del 10.12.2015).

L'eccezione è nella fattispecie infondata, per le ragioni che seguono.

In primo luogo, deve rilevarsi che il provvedimento di aggiudicazione provvisoria non è stato oggetto di impugnazione, dal che deriva che attraverso il presente gravame non poteva certo essere evocata in giudizio l'impresa aggiudicataria provvisoria.

E' inoltre pacifico - in giurisprudenza - che non sussiste un onere di immediata impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, essendo una simile impugnativa rivolta contro un atto di natura endoprocedimentale, non conclusivo del procedimento, e dunque, di norma, non immediatamente lesivo; a differenza - ovviamente - dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, che è invece necessaria (sul carattere facoltativo dell'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria, si vedano: Consiglio di Stato, sez. IV, 19.3.2015, n. 1512 e 7.11.2014, n. 5497, oltre a TAR Calabria, Reggio Calabria, 26.2.2015, n. 188).

La facoltatività dell'impugnativa succitata esclude che l'impresa aggiudicataria provvisoria sia titolare di una posizione giuridica soggettiva differenziata, ed abbia una specifica utilità alla conservazione del relativo atto endoprocedimentale, tale da essere qualificata come "controinteressata", ai sensi e per gli effetti dell'art. 41 del c.p.a., diversamente da quanto avviene per l'aggiudicazione definitiva che le attribuisce stabilmente la conseguente posizione di vantaggio.

Tale soluzione interpretativa è oggi rafforzata alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con D.Lgs. 50/2016.

Infatti l'art. 204 di quest'ultimo, modificando l'art. 120 del c.p.a. sul rito speciale degli appalti, ha introdotto il comma 2-bis del citato art. 120, in forza del quale (cfr. l'ultimo periodo del comma suindicato), è <<...inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività>>.

La "proposta di aggiudicazione", ai sensi del combinato disposto degli articoli 32 e 33 comma 1, del D.Lgs. 50/2016, equivale all'aggiudicazione provvisoria (su tale equivalenza si sono espressi anche i primi commenti dottrinari al nuovo Codice).

Si conferma, di conseguenza, il rigetto dell'eccezione preliminare.

2. Nel merito, l'esponente contesta la propria esclusione dalla procedura (cfr. il doc. 9 della ricorrente ed anche il doc. 11, vale a dire la risposta negativa alla preinformativa di ricorso), seppure limitatamente ai lotti dal n. 15 al n. 18, disposta dall'Amministrazione per la presunta mancanza di elementi essenziali dell'offerta, vale a dire il deposito cauzionale provvisorio e l'impegno del garante al rilascio della cauzione definitiva, ai sensi dell'art. 75 del D.Lgs. 163/2006.

Le doglianze di parte ricorrente sono fondate, per le ragioni che seguono.

Come già sopra indicato, la gara di cui è causa è stata svolta con modalità telematiche, avvalendosi del sistema gestito dalla Regione Lombardia - attraverso la propria società controllata Arca Spa - e denominato Sintel.

Come risulta dai documenti versati in atti, la ricorrente ha caricato sul sistema e spedito ritualmente le buste elettroniche contenenti i documenti di cui è causa (vale a dire i relativi "file" informatici, cfr. i documenti 7 e 8 della ricorrente); tuttavia nel corso della seduta pubblica di apertura delle offerte elettroniche, la stazione appaltante non è riuscita ad aprire e quindi a leggere i file contenenti i succitati documenti dell'offerta (cfr. il doc. 12 della ricorrente, vale a dire la copia del verbale di gara, dal quale

B





Determinazione del Direttore Generale n. 318 del 15 FEB. 2017, Atti n.

risulta che i file contenenti la cauzione provvisoria e l'impegno al rilascio di quella definitiva "sono risultati illeggibili").

La stazione appaltante, dopo avere ottenuto da Arca Spa una dichiarazione dalla quale risulta che i problemi di apertura dei file non sono imputabili al sistema Sintel, sul quale non sono state riscontrate anomalie (cfr. il doc. 7 della resistente e il doc. 1 di Arca Spa), ha escluso dalla gara la società ricorrente, reputando la produzione dei due documenti essenziale e ritenendo altresì non attivabile il soccorso istruttorio a favore della partecipante.

La determinazione della Fondazione è però erronea, in quanto nel caso di specie sussistono senza dubbio i presupposti per l'applicazione del soccorso istruttorio di cui agli articoli 38 comma 2 bis e 46 comma 1 ter del D.Lgs. 163/2006.

Preme dapprima rilevare, infatti, che le disposizioni di cui ai succitati articoli 38 comma 2 bis e 46 comma 1 ter – per le quali in dottrina e giurisprudenza si è talora parlato di "nuovo soccorso istruttorio" – sono applicabili in un ampio ventaglio di ipotesi, compresa quella di eventuali documenti di gara incompleti o irregolari, come del resto statuito dalla più recente giurisprudenza amministrativa.

Sulla questione si vedano: Consiglio di Stato, sez. V, 19.5.2016 n. 2106, secondo cui la novella legislativa può applicarsi anche a casi di mancanza di dichiarazioni previste dalla legge di gara; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 22.3.2016, n. 434, per cui le norme succitate consentono di sanare lacune nella produzione documentale, purché il concorrente sia in possesso dei requisiti; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 18.5.2016, n. 829, che espressamente consente il soccorso istruttorio nei casi di omessa produzione di una delle due referenze bancarie richieste dalla disciplina di gara e TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 23.6.2016, n. 7249, che ammette il soccorso istruttorio in caso di omessa presentazione della cauzione provvisoria o di presentazione di una cauzione insufficiente.

Nel caso di specie, appare fuori discussione che i documenti dei quali la stazione appaltante lamenta la mancanza siano in realtà stati inviati tempestivamente attraverso la piattaforma informatica, sicché la mera impossibilità tecnica della loro lettura non può giustificare l'esclusione automatica della partecipante, ben potendo essere attivato il soccorso istruttorio (la ricorrente ha inoltre prodotto in giudizio la copia della polizza fideiussoria, emessa il 17.11.2015, cfr. il suo doc. 13).

A conclusione diversa non induce neppure la lettura del Disciplinare di gara (cfr. il doc. 2 della ricorrente e il doc. 4 della resistente), le cui disposizioni sulle modalità di presentazione delle offerte o sulle cause di esclusione devono sempre essere interpretate alla luce delle succitate norme di legge sul soccorso istruttorio, norme del resto espressamente richiamate dall'art. 9 del Disciplinare stesso.

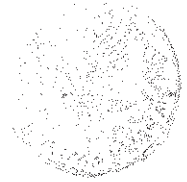
A questo punto, appare irrilevante stabilire se la mancata apertura dei file sia dovuta ad anomalie del sistema (circostanza negata da Arca Spa) o ad errori della partecipante, giacché in entrambi i casi l'attivazione del soccorso istruttorio appare doverosa.

Si conferma quindi l'accoglimento del presente ricorso, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione ivi impugnato e con obbligo per la stazione appaltante di procedere al soccorso istruttorio, ai fini della prosecuzione del procedimento finalizzato alla valutazione delle offerte presentate dalla ricorrente nei lotti di cui è causa.

L'annullamento dell'esclusione e la conseguente prosecuzione del procedimento di valutazione delle offerte garantiscono la reintegrazione in forma specifica della posizione soggettiva della ricorrente, non essendovi allo stato altri elementi di danno risarcibile in capo a quest'ultima.

3. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a carico della Fondazione resistente, mentre possono essere compensate nei riguardi di Arca Spa, attesa la particolare posizione processuale di quest'ultima (nessun atto di Arca è stato impugnato e la società si è costituita

13



318

15 Feb. 2017

Pag. 7

Determinazione del Direttore Generale n. _____ del _____, Atti n. _____

essenzialmente per fornire spiegazioni tecniche sul funzionamento della piattaforma Sintel durante la gara di cui è causa).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna la Fondazione IRCCS "Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico" al pagamento a favore di Coremec Srl delle spese di causa, che liquida in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA, spese generali nella misura del 15% e onere del contributo unificato ex DPR 115/2002) »;

RICHIAMATA la comunicazione in data 06.02.2017 con la quale il Patrono dell'Ente confermava la necessità di procedere al pagamento delle spese di causa, quantificate dalla Controparte in € 7.836,48=, pena l'avvio di procedura esecutiva;

RILEVATO che, con nota del 08.02.2017, l'Ufficio Affari legali e delle assicurazioni dell'Ente rappresentava al Legale esterno dell'Ente la necessità di verificare l'esatto trattamento contabile del rimborso delle spese legali richieste dalla Controparte, in punto di detrazione dell'IVA da parte della società Coremec;

PRESO ATTO che, con comunicazione del 08.02.2017, il Patrono dell'Ente comunicava di aver rappresentato al Legale di Controparte la non debenza dell'IVA e di aver ottenuto, in merito, l'adesione dello stesso e la conseguente riduzione del dovuto al complessivo minor importo di € 6.784,00=;

VISTA l'attestazione di regolarità istruttoria e di legittimità del provvedimento;

VISTA l'attestazione di copertura economica/patrimoniale;

DATO ATTO che le predette attestazioni costituiscono parte integrante del presente atto;

DATO ATTO che il Responsabile del procedimento è il Dirigente responsabile dell'Ufficio Affari Legali e delle assicurazioni;

ACQUISITI i pareri favorevoli del Direttore Amministrativo, del Direttore Sanitario, Direttore Scientifico;

DETERMINA

Per tutti i motivi in premessa indicati:

1. di prendere atto ad ogni effetto del dispositivo della sentenza n.1383/2016 emessa in data 23/06/2016 dal TAR per la Lombardia Sezione Quarta e depositata in data 08.07.2016;
2. di dare atto che il costo complessivo di € 6.784,00= sarà imputato nel BPE per l'anno 2017 conto 678045 DI 2017000290 e di dare atto, altresì, che le attestazioni richiamate in premessa formano parte integrante del presente atto;

B





Determinazione del Direttore Generale n. **318** del **15 FEB. 2017**, Atti n.

parte integrante del presente atto;

3. di autorizzare la U.O.C. Economico Finanziaria dell'Ente al pagamento di € 6.784,00= in favore di Coremec S.r.l., C.F. 04327730018, con sede in Nichelino (TO), alle seguenti coordinate bancarie: IT 40 R 2008 01013 000001034970;
4. di dare, infine, atto che il presente provvedimento, immediatamente esecutivo ai sensi dell'art.17, comma 6, della L.R. Lombardia n.33/2009 e ss.mm.ii., non è soggetto a pubblicazione ai sensi della vigente normativa in materia di protezione dei dati personali (D.Lgs. n. 196/2003);
5. di disporre l'invio della presente determinazione alle UOS/UOC interessate per il seguito di competenza.

IL DIRETTORE GENERALE
Dott.ssa Simona Giraldi

IL DIRETTORE SANITARIO
Dr.ssa Laura Chiappa

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO
Dott. Fabio Agro

REGISTRATA NEL ELENCO DELLE DETERMINAZIONI
IN DATA **15 FEB. 2017** AL N. **318**

Ufficio	Affari legali e delle assicurazioni	
Responsabile del procedimento:	Giuseppina Verga	
Pratica trattata da:	Marino Osvaldo Dagradi	

