

Parere n.4 del 29/07/2014

PREC 70/13/F

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla 3M Italia s.p.a. - "Fornitura di materiale sanitario vario - N. gara 4285965 - n.340 lotti" - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base di gara euro 20.323.351,57 - S.A.: Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziata Policlinico Bari.

Tardiva presentazione dell'offerta.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 4 marzo 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale la ditta 3M Italia S.p.A. ha chiesto un parere in merito alla gara indetta dalla Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziata Policlinico di Bari per l'affidamento, mediante il criterio del prezzo più basso, della fornitura di materiale sanitario vario e dispositivi medici specialistici, di importo pari ad euro 20.323.351,57. In particolare, l'istante contesta la legittimità dell'esclusione disposta nei suoi confronti in ragione della tardiva presentazione dell'offerta cartacea.

L'appalto in oggetto, suddiviso in 340 lotti per l'importo complessivo sopra richiamato, avrebbe avuto una durata di 36 mesi, con possibilità di proroga per ulteriori 12 mesi.

La regolamentazione di gara era costituita dal bando, pubblicato in data 31 luglio 2012, successivamente integrato, e dal disciplinare con i relativi allegati (All.1:

Schema di contratto; All. 2A: Schema di dichiarazione conoscenza/accettazione; All. 2B: Schema di Dichiarazione requisiti di partecipazione; All. 2C: Schema di Dichiarazione requisiti di partecipazione; All. 3: Disciplinare tecnico; All. 4: Schema offerta economica; All. 5: Istruzione per l'uso del portale GpaWebdoc).

Era previsto, come termine per il ricevimento delle offerte, il 26 ottobre 2012, ore 13.00.

La presentazione delle relative offerte doveva avvenire attraverso plichi, buste e documentazione cartacei, ma era altresì previsto che le offerte dovessero essere inviate anche per posta elettronica (cfr. disciplinare, pag. 8).

In particolare, per quanto riguarda la presentazione dell'offerta economica, era previsto che questa, da presentare comunque in forma cartacea, dovesse essere "generata dal sistema GPA" (cfr. disciplinare, pag. 8), con ciò riferendosi al *software* per la sua compilazione, reperibile sul sito internet della stazione appaltante, le cui istruzioni di funzionamento erano allegate al disciplinare stesso *sub* allegato 5.

Le medesime istruzioni spiegavano come installare il *software* e rimandavano, per la presentazione dell'offerta, al manuale utente del *software* medesimo. Veniva inoltre data indicazione, per l'eventualità in cui si fossero riscontrati problemi tecnici, di un servizio di assistenza tecnica: "si prega di contattare il servizio di assistenza tecnica BPMSOft allo 0832.71.14.27" (cfr. allegato 5 al disciplinare).

Sempre con riferimento all'offerta economica, la regolamentazione di gara chiedeva quindi che fosse presentata in forma cartacea "una ulteriore busta che porterà all'esterno la dicitura "chiave di decriptazione offerta economica". All'interno della quale verrà inserito un foglio su cui sarà indicata la chiave per decriptare il file economico. La decriptazione del file economico avverrà contestualmente all'apertura, in seduta pubblica, delle buste economiche contenenti l'offerta cartacea" (cfr. Disciplinare, pag. 8).

In data 21 settembre 2012 la stazione appaltante informava che "la società informatica che gestisce la gara ha rilasciato una nuova versione del "tender maker". E' importante che i fornitori effettuino l'aggiornamento prima di procedere alla

generazione dell'offerta informatica. L'aggiornamento non causerà la perdita dei dati inseriti".

A tal riguardo, la società istante riferisce di avere incontrato problemi tecnici nell'utilizzo del nuovo *software* "Tender Maker" per la generazione dell'offerta economica. Era impedito cioè a 3M di creare la "chiave di decriptazione" da inserire nell'offerta economica. Inoltre, l'installazione del nuovo sistema, contrariamente a quanto preventivamente asserito dalla stazione appaltante, aveva comportato la rimozione dei dati già inseriti e "salvati" da 3M in merito alla propria offerta economica.

La ditta riferisce di avere contattato ripetutamente il servizio di assistenza tecnica BPMSOft che, però, non riusciva a risolvere i problemi tecnici rappresentati. La stessa, quindi, si rivolgeva ad un proprio consulente informatico, Asystel S.p.A., il quale riscontrava i medesimi problemi di malfunzionamento del *software* Tender Maker. Solo in data 25 ottobre 2012, alle ore 12.30, il *software*, a seguito di un nuovo intervento di Asystel S.p.A., prendeva a funzionare e permetteva di stampare la chiave di decriptazione da allegare all'offerta economica.

La 3M provvedeva, quindi, a spedire la propria offerta (relativa ai lotti di gara nn. 123, 161, 169, 181, 182, 193, 194, 217, 218, 221, 267, 273, 277, 278, 279, 280, 285, 291) alla stazione appaltante, sia in formato elettronico, via e-mail, sia in formato cartaceo. L'offerta spedita per e-mail perveniva in tempo utile, mentre il plico cartaceo perveniva alla stazione appaltante alle ore 15.40 circa del 26 ottobre 2012.

Conseguentemente, nella seduta del 30 ottobre 2012, la stazione appaltante, rilevato l'orario di arrivo dell'offerta presentata dalla ditta istante, decideva di non esaminarla.

A seguito di un'istanza in autotutela inviata da 3M, l'Azienda Ospedaliera confermava l'"esclusione" di 3M con comunicazione formale del 2 novembre 2012.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 3 aprile 2013, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del proprio operato e del provvedimento di esclusione adottato.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'esclusione della ditta 3M Italia S.p.A. per tardiva presentazione dell'offerta in formato cartaceo.

Sostiene l'istante che il ritardo nella consegna del plico cartaceo di 3M - che ha comportato l'esclusione della stessa dalla procedura di gara - sia derivato da eventi non solo non imputabili a 3M, ma direttamente imputabili all'Azienda Ospedaliera. Ed infatti l'Azienda Ospedaliera, in prossimità del termine per la presentazione delle offerte, ha rilasciato una nuova versione del *software* "Tender Maker" - da utilizzarsi da parte dei concorrenti per predisporre le proprie offerte - che avrebbe comportato una serie di inconvenienti, come risulta espressamente dalla richiesta di chiarimenti pervenuta in data 8 ottobre 2012 ("facciamo presente che stiamo incontrando dei problemi tecnici nell'installazione del software TENDERMAKER ed, a tal proposito, non siamo ancora riusciti ad utilizzare il software");, in relazione alla quale la stazione appaltante rispondeva facendo presente che era possibile "contattare sino all'ultimo giorno utile la società GPA che gestisce il Tender Maker".

Le difficoltà incontrate rispetto a tale nuovo *software* hanno determinato, per 3M, l'impossibilità di fatto di ottenere in tempo utile la "chiave di decriptazione" richiesta dalla regolamentazione di gara quale parte integrante dell'offerta economica.

Peraltro la circostanza, tempestivamente segnalata alla stazione appaltante, anche da parte di 3M, avrebbe dovuto comportare, secondo l'istante, una proroga del termine di presentazione delle offerte.

Al riguardo, occorre evidenziare che la nuova versione del Tender Maker è stata divulgata dalla stazione appaltante in data 21 settembre 2012, ossia più di un mese prima rispetto alla data di scadenza per presentazione dell'offerta. Pertanto, le ditte concorrenti avevano ampio margine temporale per provvedere, tanto che gli altri 109 operatori hanno potuto concorrere presentando tempestivamente le proprie offerte.

Ne deriva che la società 3M avrebbe potuto, secondo *l'id quod plerumque accidit*, provvedere al pari delle altre ditte concorrenti a risolvere per tempo eventuali problemi tecnici e presentare tempestivamente l'offerta come richiesto nel disciplinare di gara, a pena di esclusione. Il mal funzionamento del sito, in altre parole, sebbene possa essere considerata causa non imputabile al concorrente, non può comunque esonerarlo dalla responsabilità di non avere - al pari degli altri concorrenti - provveduto per tempo alla predisposizione degli adempimenti richiesti dalla disciplina di gara. A tale proposito si segnala che è ormai pacifico in giurisprudenza *che " il termine fissato per la presentazione delle domande di partecipazione a una gara pubblica ha natura decadenziale, anche in caso di assenza di espressa comminatoria, a garanzia della par condicio e della trasparenza dell'azione amministrativa "* tant'è che anche un ritardo di pochi minuti comporta l'esclusione del concorrente dalla gara *" in quanto con il superamento dell'ora prefissata si consolida l'interesse dei concorrenti a evitare l'ammissione di ulteriori offerte "* (TAR Toscana, Sez. I, 2 ottobre 2000 n. 2045; TAR Lombardia 1° luglio 2008 n. 747; parere di precontenzioso n. 53 del 04.04.2012). Si richiama, altresì, il principio di autoresponsabilità del mittente sul quale incombe il rischio del mancato o tardivo recapito della documentazione da consegnare alla stazione appaltante, secondo modalità e termini prescritti nella *lex specialis*.

Infine, si rileva che la previsione del disciplinare di gara di inviare l'offerta sia in forma cartacea che via mail non costituisce un aggravamento della procedura, costituendo, quella cartacea, l'ordinaria forma di trasmissione delle offerte nelle pubbliche gare, mentre quella telematica (via mail) una mera formalità aggiuntiva che non può certamente considerarsi difficoltosa né particolarmente onerosa per l'operatore.

Conseguentemente, deve ritenersi legittima l'esclusione della 3M Italia S.p.A. per aver presentato, oltre il termine previsto, la propria offerta cartacea.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la 3M Italia S.p.A. sia stata legittimamente esclusa per aver tardivamente presentato la propria offerta cartacea.

Il Presidente: Raffaele Cantone

Depositato in data 6 agosto 2014

Il Segretario Maria Esposito