



Spettabile  
AUSL 2 OLBIA  
Via Bazzoni Sircana, 2-2/A  
07026 OLBIA

c.a. **Dr.ssa Francesca Deledda**  
email: [fdeledda@aslolbia.it](mailto:fdeledda@aslolbia.it)

p.c.: **Avv. Roberto di Gennaro**  
Presidente della Commissione

01 DIC 2014

5h623

Segrate, 28/11/2014  
Prot. N. 559/C/15/lrac

Oggetto: Service di deflussori per pompe infusionali. Comunicazione di esclusione dalla gara: contestazione ex art. 243 bis d.lgs. n. 163/2006.

La sottoscritta Covidien Italia S.p.A., esclusa dalla gara in oggetto come da Vs. comunicazione del 26.11.2014, rappresenta quanto segue chiedendo sin d'ora la riammissione alla procedura di gara, ritenendo quindi illegittima la predetta esclusione.

Il disciplinare ha infatti previsto quanto segue (pag. 31):

Il mancato caricamento del numero seriale e/o qualunque errore di caricamento concemente il numero seriale e/o qualunque problema che non renda univoca l'identificazione tramite numero seriale comporta l'Inammissibilità dell'offerta e quindi l'esclusione dalla gara; anche l'eventuale discordanza del numero seriale inserito con quello presente nella marcatura temporale del file caricato sul sistema sarà causa di esclusione dell'offerta dalla gara.

Sul sito richiamato per l'inserimento delle offerte, è stato precisato quanto segue:

COVIDIEN ITALIA S.p.A

SEGREEN BUSINESS PARK - EDIFICIO Y  
VIA SAN BOVIO, 3 - LOC. SAN FELICE  
20090 SEGRATE (MI) - ITALY

+39 02 70317.1 (T)

+39 02 70317.317 (F)

WWW.COVIDIEN.COM

Pag. 1 di 5

Prot. N. 559/C/15/lrac

CAP. SOC. EURO 358.500 R.F.A. DI MILANO N. 1214987  
C.F. - P.IVA - ISCR. REG. IMPR. MI 08641790152 ISCR. REG. PRODUTTORI AFE 11080200-00002197  
ASSOGGETTATA ALL'ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO (EX ART. 2497 C.C.) DA PARTE DI COVIDIEN GROUP S.A.R.L. CON SEDE IN LUSSEMBURGO  
SOCIO UNICO: COVIDIEN GROUP S.A.R.L. CON SEDE IN LUSSEMBURGO

**I file da inviare possono essere 1 (nel caso in cui si abbia prodotto un unico file contenente sia le informazioni di firma digitale che di marca temporale) oppure 2 (nel caso in cui si disponga di un file contenente solo le informazioni di firma digitale e di un secondo file contenente solo le informazioni di marca temporale). In questo secondo caso, la mancanza di uno dei due file invalida l'offerta stessa. Le estensioni ammesse sono le seguenti: TSD, P7M, TST o TSR.**

**ATTENZIONE! I file devono essere inseriti nell'ordine richiesto dal sistema.**

Alla luce di tali previsioni, pertanto, costituiscono cause di esclusione dalla procedura:

- la mancanza di caricamento del numero seriale;
- la discordanza fra numeri seriali.

Il Disciplinare ha altresì previsto, in premessa:

Ogni marca temporale è inoltre identificata da un numero seriale univoco. E' questo numero e solo questo, identificativo della marca applicata sull'offerta, che prova l'unicità di quest'ultima: si invitano i concorrenti a prestare molta attenzione a questo requisito tecnico perché un errore potrebbe portare all'esclusione dell'offerta.

Come ulteriore precisazione sulle cause di esclusione, si registra la seguente previsione sempre del Disciplinare:

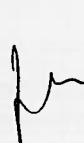
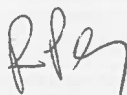
- verranno automaticamente escluse dalla gara le offerte che presentino una marcatura temporale successiva rispetto al termine perentorio previsto per la chiusura dell'offerta o diversa nel numero seriale, identificativo univoco, precedentemente comunicato al sistema o che non siano identificate da un numero seriale univoco o prive di firma digitale o di marcatura temporale o il cui numero seriale sia stato caricato a sistema scaduto il termine del periodo indicato nel timing di gara.

Dunque, era già prevista e confermata l'unicità del numero seriale, come requisito per l'ammissione in gara.

Tanto premesso, Covidien è stata esclusa a seguito comunicazione del gestore del sistema telematico di gara del seguente tenore:

b) Covidien: ha caricato a sistema un'offerta composta di due file (uno contenente l'offerta su excel e il certificato di firma digitale, l'altro il certificato di marcatura temporale) che però non risultano legati l'uno all'altro. In sostanza manca l'evidenza che l'offerta sia stata chiusa entro il termine ultimo perentorio: l'offerta pertanto non è valida e non sarà inserita in graduatoria.

Tali considerazioni sono del tutto infondate.



Covidien, infatti, ha caricato a sistema due files, peraltro con orario pacificamente tracciabile (8.36 l'uno, 8.38 l'altro, del 23.10.2014, ben entro i termini di ammissione delle offerte, scadenti in data 24.10.2014):

- l'uno, contenente l'offerta economica firmata digitalmente;
- l'altro, contenente l'offerta economica marcata temporalmente.

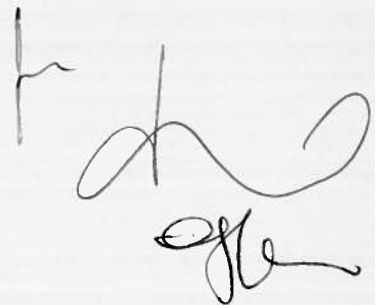
Ciò costituisce, e lo si ammette come pacifico, irregolarità rispetto all'indicazione, contenuta nel sito albofornitori.it e non nella lex specialis, di possibile presentazione di offerta prima firmata digitalmente, poi marcata temporalmente: Covidien ha inteso, invece, che la marcatura temporale non dovesse essere apposta nei confronti del file firmato digitalmente, ma del file non firmato.

Tuttavia, non può non rilevarsi che tale modus operandi di Covidien, pur irregolare, non corrisponde ad alcuna delle cause di esclusione previste dalla normativa di gara; nonché, ciò che più rileva, non coincide con il caso di "incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta" che l'art. 46, co. 1 bis d.lgs. n. 163/2006 identifica come causa tassativa di esclusione.

Quanto alla normativa di gara, la precisazione in ordine alle modalità di presentazione dell'offerta è stata resa solo con chiarimento successivo della stazione appaltante, pubblicato sul sito della procedura: da pacifica giurisprudenza, i chiarimenti non possono alterare la disciplina di gara, né, ancor meno, possono aggiungere alla stessa clausole a pena di esclusione.

In tal senso la unanime giurisprudenza:

- TAR Toscana, sez. I, 15/10/2014 n. 1542: *"E' ben noto che, a tutela dei principi di trasparenza e imparzialità e, dunque, della par condicio tra i concorrenti, i chiarimenti autointerpretativi della stazione appaltante non possono né modificare il bando, né integrarlo, né rappresentarne un'inammissibile interpretazione autentica. Il bando, in quanto lex specialis predeterminata e pubblicata con le forme di legge, deve essere interpretato ed applicato per quello che obbiettivamente prescrive, senza che possano acquisire rilevanza preclusiva atti interpretativi postumi della stazione appaltante, la quale non potrebbe giammai disapplicare le clausole del bando né alterarne ex post la portata prescrittiva ... In altre parole i chiarimenti non possono modificare il bando e risolversi nella introduzione di ulteriori requisiti di ammissione o nella modificazione di quelli richiesti dalla lex specialis. Le regole contenute nella lex specialis di una gara vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa Amministrazione, che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, non potendo disapplicarle neppure nel caso in cui talune di esse risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la sola possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando, dovendosi reputare comunque preferibili, a tutela dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle previsioni da chiarire, evitando che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale ... Così non v'è dubbio che i chiarimenti della P.A. possono considerarsi ammissibili se contribuiscono, attraverso un "operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio di una disposizione del*



- bando, ma non già quando, proprio attraverso l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire alla disposizione un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto notoriamente a garanzia dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione... " (Cons. Stato, sez V, 13 luglio 2010, n. 4526).";
- Cons. St., Sez. IV, 14 luglio 2014, n. 3656: "la giurisprudenza ha chiarito la portata applicativa e la natura dei c.d. "chiarimenti" forniti dalla Stazione appaltante (ex aliis: T.A.R. Roma sez. II 17/04/2013 n. 3869: "Nessuna interferenza può essere ascritta alle informazioni rilasciate dall'Amministrazione in sede di chiarimenti. Il significato stesso del termine vale a chiarire che le risposte richieste all'Amministrazione hanno una mera funzione di illustrazione delle regole già formate predisposte dalla lex specialis di gara, onde non possono avere alcuna incidenza in termini di modificazioni delle condizioni di gara. Anzi, il sistema di comunicazioni pre — gara, disciplinato dall'art. 71 del Codice dei contratti pubblici con riferimento alle procedure aperte, appare relegare la circolazione delle informazioni complementari esclusivamente nell'ambito della relazione richiedente — Stazione appaltante. Dunque, la riconosciuta possibilità che gli uffici tecnici dell'Amministrazione che indice una selezione diano chiarimenti alle imprese lascia impregiudicato il postulato che tali risposte non possono in nessun caso integrare la *lex specialis* ed essere vincolanti per la Commissione aggiudicatrice";
  - T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 01/07/2013, n. 1671: "È impossibile modificare la *lex specialis* di gara in pendenza dei termini per la presentazione delle offerte ed è esclusa categoricamente la possibilità che, con l'istituto dei chiarimenti, possano introdursi previsioni innovative o modificative delle prescrizioni di gara, ad esempio imponendo condizioni tecniche in precedenza non indicate";

Occorre quindi fare riferimento esclusivo alle previsioni capitolari, che sancivano l'esclusione solo per la mancanza di numero seriale o la discordanza dello stesso, nonché per la data del medesimo successiva ai termini dati.

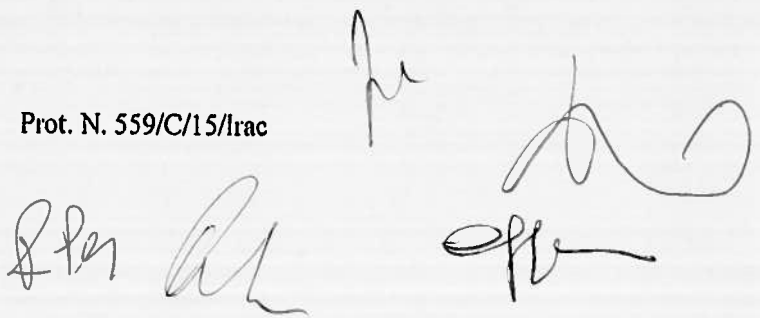
Niente del genere si è verificato nella fattispecie, in quanto Covidien ha pacificamente caricato a sistema l'offerta economica entro i termini, come da tracciatura temporale, e la mancata riconducibilità diretta del documento marcato con quello firmato non corrisponde al vero, in quanto, da una semplice verifica dei documenti, può verificarsi che la provenienza è identica ed univoca, stante che il documento firmato digitalmente è esattamente identico a quello marcato temporalmente.

Nel caso, inoltre, non vi è nessuna difformità dei numeri seriali, né alcuna problematica di tal genere.

Non si integra, pertanto, quella "incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta" prescritta dalla normativa richiamata, necessaria per disporre l'esclusione; normativa che, si rammenta, prevale su eventuali clausole contrarie della *lex specialis*.

Né, inoltre, la condotta, pur irregolare, di Covidien, integra alcuna delle cause di esclusione riportate nella *lex specialis* di gara.

Si richiama, sul punto, che "Le regole contenute nella *lex specialis* di gara pubblica vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa Amministrazione, che non conserva



alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, non potendo disapplicarle neppure nel caso in cui talune di esse risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la sola possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando" (Consiglio di Stato, sez. V, 31/10/2012, n. 5570).

Parimenti, l'incertezza dev'essere assoluta ai fini dell'esclusione: cosa che non si ha nel caso di specie, in cui invece il concorrente, pur avendo irregolarmente caricato i files a sistema, sia per il contenuto delle offerte, sia per l'avvenuta firma digitale di una delle due, sia per l'orario di caricamento assolutamente univoco e sostanzialmente identico, è pacificamente e senza alcun dubbio la fonte di provenienza dell'offerta stessa.

In un caso assimilabile, "non può essere esclusa dalla gara la concorrente che abbia presentato la lista prezzi, facente parte dell'offerta economica, priva di sottoscrizione nell'ultima pagina per esteso e con firma leggibile, atteso che il confezionamento e la sottoscrizione con timbro dell'impresa e sigla in ogni pagina dell'offerta costituiscono elementi tali da non porre in dubbio né la genuinità né la provenienza del documento, e dunque la sua idoneità a vincolare l'offerente. Ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, d.lg. n. 163 del 2006, infatti, l'offerta può essere esclusa solamente laddove sussista incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza ovvero laddove difetti la sottoscrizione, locuzione che va intesa, secondo un criterio sostanziale, come manca assoluta di sottoscrizione, e non come mancato rispetto di una modalità della stessa" (T.A.R. Calabria Reggio Calabria, sez. I, 22/01/2014, n. 54).

Per tutte le considerazioni che precedono, pertanto, si invita Codesta Stazione appaltante a disporre la riammissione in gara di Covidien; per l'effetto, si invita a non dare ulteriore corso alla procedura nelle more della detta riammissione.

In mancanza, dovranno tutelarsi i nostri buoni diritti presso le opportune sedi, anche giurisdizionali.

La presente a valersi ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 243 bis d.lgs. n. 163/2006.

Distinti saluti.

Covidien Italia S.p.A.

Maria Patané,  
(Procuratore Speciale)

