Dal Scartedda
Ponti
28/11/2013

PEC 25/11/2013

ALLEGATO SUB 1

AZIENDA U.S.L. N. 8 - CAGLIARI
SERVIZIO TECNICO
26 NOV. 2013
ENTRATA

STUDIO LEGALE ZANETTI

Avv. ANDREA ZANETTI

Avv. SIMONE BORSARI
Avv. MICHELE CRISTONI

00186 ROMA
Corso Vittorio Emanuele II n. 18
Tel. n. 06 93576300
Fax n. 06 93576301

40124 BOLOGNA
Via Garibaldi n. 1
Tel. n. 051 581810
Fax n. 051 581687

info@andreazanetti.it
andreazanetti@pec.andreazanetti.it

Bologna, 25 novembre 2013

Via PEC all'indirizzo
serv.tecnico@pec.aslcagliari.it
Via fax al numero 0706093201

Spett.le
A.S.L. Cagliari
S.C. Patrimonio e Servizi Tecnici
Settore Gestione Gare e Contratti
Via Piero della Francesca n. 1
09047 SELARGIUS (CA)

Alla cortese attenzione del Responsabile del procedimento Ing. Massimo Masia.

Oggetto: procedura aperta per l'affidamento della fornitura, chiavi in mano, in sette lotti distinti ad aggiudicazione separata, di apparecchiature radiologiche da destinare a diverse Strutture della ASL di Cagliari. - Informativa dell'intento di proporre ricorso ai sensi dell'art. 243-*bis* del D. Lgs. n. 163/2006.

1.- Scrivo la presente in nome e per conto di Carestream Health Italia S.r.l., con sede in Genova, via al Porto Antico n. 6, Palazzina San Lorenzo, in persona del legale rappresentante *pro tempore* Michele Ferrarese, che sottoscrive il presente atto, al fine di comunicare quanto segue con riferimento alla gara in oggetto, lotto n. 1, ed ai sensi dell'art. 243-*bis* del Codice dei Contratti.

Carestream Health Italia S.r.l. mi ha conferito mandato per proporre ricorso giurisdizionale, innanzi al competente Giudice amministrativo, avverso il provvedimento della Commissione giudicatrice, citato (senza estremi) nella comunicazione prot. n. PG 137182 del 19 novembre u.s., con il quale la mia assistita è stata esclusa dalla gara per il Lotto 1, "*per non aver prodotto, nel perentorio termine del 4.11.2013 prescritto a pena di esclusione dalla Stazione appaltante con nota prot. 124867 del 22.10.2013, la documentazione di estensione dei termini di validità dell'offerta economica*".

Il presente allegato è composto di n° 4 fogli.
Il Responsabile del Servizio Tecnico
(Ing. Massimo Masia)

P. I.V.A. 04334940378

In particolare, nella denegata ipotesi in cui codesta Amministrazione e/o la Commissione giudicatrice non provvedano in autotutela all'annullamento del suddetto provvedimento di esclusione e alla conseguente riammissione di Carestream alla gara in oggetto per il Lotto 1, il provvedimento di esclusione sopra indicato sarà impugnato per violazione degli artt. 46, comma 1° *bis*, e 11, comma 6°, del D. Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 15, comma 5°, della L.R. n. 5/2007.

Al riguardo evidenziamo quanto segue.

2.- In primo luogo, Carestream, nonostante il termine di efficacia della propria offerta sia scaduto da lungo tempo (il Disciplinare di gara fissava in 210 giorni il termine di validità delle offerte), **non ha mai comunicato e/o dichiarato di volere ritirare la propria offerta, pertanto, in assenza di una tale dichiarazione, l'offerta mantiene la propria efficacia.** Al riguardo, la giurisprudenza è, infatti, pacifica nel ritenere che le offerte presentate in gara dai concorrenti, una volta scaduto il termine di validità, non possono considerarsi prive di efficacia **in assenza di una univoca manifestazione di volontà in tal senso da parte del concorrente interessato**. Il Consiglio di Stato, infatti, ha chiarito che la *ratio* della norma di cui all'art. 11, comma 6°, del D. Lgs. n. 163/06, che prevede che l'offerta presentata sia vincolante per il periodo indicato nel bando, o comunque per minimo 180 giorni dalla scadenza del termine per presentare le offerte, "*è evidentemente quella di mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara e non quella di limitare nel tempo la validità (o meglio l'efficacia) dell'offerta, non corrispondendo certamente tale limitazione ad un interesse dell'amministrazione*" (**Cons. Stato**, sez. V, 7 gennaio 2009 n. 9; in termini: **Cons. Stato**, sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4019).

Ne consegue che l'offerta presentata da Carestream per il Lotto deve considerarsi **tuttora** valida ed efficace, ancorchè sia ormai ampiamente decorso il termine di 210 giorni di efficacia fissato dal Disciplinare di gara.

3.- In secondo luogo, osserviamo che, con riferimento al periodo di validità delle offerte, l'art. 11, comma 6°, del D. Lgs. n. 163/06 (così come l'art. 15, comma 5°, della L.R. n. 5/2007) prevede che la stazione appaltante possa richiedere al concorrente il "***differimento***" del termine di vincolatività dell'offerta originariamente indicato al momento della sua presentazione; tuttavia, posto che "differimento" è sinonimo di "proroga", ne consegue che la richiesta di "differimento", al pari di ogni richiesta di proroga, può/deve intervenire **prima della scadenza del termine**.

Osserviamo, altresì, che, ai sensi dell'art. 46, comma 1° *bis*, del D. Lgs. n. 163/06 (con il quale, come noto, è stato introdotto il principio della tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto), la stazione appaltante può escludere il concorrente unicamente nel caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento (ed in altre tassative ipotesi quali incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta o sulla sua provenienza, o per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali). Le stazioni appaltanti non possono prevedere ulteriori cause di esclusione e se, comunque, previste, devono considerarsi **nulle**.

Ebbene, nella presente fattispecie, il disciplinare di gara prevedeva un termine di efficacia delle offerte di 210 giorni decorrente dal termine ultimo fissato per la presentazione delle stesse (9 novembre 2012), con conseguente scadenza del termine di efficacia il 7 giugno 2013. Ciò significa che un'eventuale richiesta di differimento del termine, formulata ai sensi dell'art. 11, comma 6°, *cit.*, doveva pervenire entro la data del 7 giugno u.s.

Invece, poiché la richiesta di (preteso) differimento del termine di efficacia dell'offerta è stata inviata a Carestream il 22 ottobre 2013, ossia quando era ampiamente scaduto il termine di 210 giorni e, quindi, al di fuori dell'ipotesi contemplata dall'art. 11, comma 6°, *cit.*, ne consegue, in base a quanto prevede l'art. 46, comma 1° *bis*, *cit.*, che la sanzione dell'esclusione ivi prevista è **nulla**, poiché codesta Amministrazione ha introdotto una causa di esclusione riferita ad una prescrizione non prevista né dal Codice né dal Regolamento.

***

In conclusione, poiché la richiesta di preteso "differimento" del termine di validità delle offerte e la annessa sanzione escludente sono nulle, ai sensi dell'art. 46, comma 1° *bis*, del D. Lgs. n. 163/2006, conseguentemente è illegittimo, per violazione dell'art. 46, comma 1° *bis*, *cit.*, e dell'art. 11, comma 6°, *cit.*, il successivo provvedimento di esclusione dell'offerta presentata da Carestream per il lotto 1 della gara in oggetto.

***

Per tutto quanto sopra esposto, gli scriventi, confermando, per puro luziorismo, che l'offerta presentata da Carestream per il lotto 1 della gara in

oggetto é tuttora valida, chiedono che codesta Amministrazione e/o la Commissione giudicatrice annullino in autotutela il suddetto provvedimento di esclusione dalla gara e che l'offerta presentata da Carestream sia riammessa in gara.

In caso di diniego espresso e/o di mancata risposta entro quindici giorni dal ricevimento della presente, Carestream proporrà ricorso avverso il provvedimento di esclusione dalla gara.

Con la presente Carestream chiede, altresì, ai sensi dell'art. 13 del Codice dei Contratti, di potere acquisire, con urgenza e, comunque, entro dieci giorni dal ricevimento della presente, copia del provvedimento di esclusione assunto dalla Commissione giudicatrice e citato senza estremi nella comunicazione, prot. n. PG 137182 del 19 novembre 2013. La scrivente é a disposizione per le spese.

Con espressa riserva di proporre in giudizio motivi diversi ed ulteriori rispetto a quelli sopra elencati.

La presente vale anche ai sensi e per gli effetti della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Distinti saluti.

Michele Ferrarese

Avv. Andrea Zanetti

ALLEGATO SUB 2

MECALL s.r.l.
x-ray equipments
20851 Lissone (MB) Italy / Via Negrelli, 55 / Phone +39.039.24.315.1
Fax +39.039.46.48.19 / www.mecall.it / e-mail: info@mecall.it
Sede Legale: Via Zucchi, 1 / 20900 MONZA
Cap. Soc. Int. vers. € 500.000,00 / Cod. Fisc. 08211250157
Part. IVA 00897970968 / VAT IT 00897970968 / REA 1217620 / Registro Imprese MB 08211250157
Registro Nazionale Pile IT09080P00000638 / Registro A.E.F. IT08020000001514

PONA (SEARTE ARU

RACCOMANDATA A.R.

(anticipata tramite fax 070 60 93 201)

Alla
ASL 8 CAGLIARI
Via Piero della Francesca n. 1
09047 SU PLANU SELARGIUS (CA)

Al Responsabile del Procedimento Ing. Massimo Masia

OGG.: Procedura aperta per l'affidamento della fornitura, chiavi in mano, in sette lotti distinti ad aggiudicazione separata, di apparecchiature radiologiche da destinare a diverse strutture della ASL di Cagliari. Lotto n. 1 "Sistemi radiologici Digitali da destinare al Pronto Soccorso Del P.O. Marino e alla Radiologia del P.O. Businco"
INFORMATIVA IN ORDINE ALL'INTENTO DI PROPORRE RICORSO GIURISDIZIONALE AI SENSI DELL'ART. 243 BIS, D.LGS. 163/2006 s.m.i.

La scrivente Società MECALL S.r.l., con sede legale in Monza (MB), Via Zucchi 1, P.IVA 00897970968, in persona del Presidente, legale rappresentante *pro tempore*, Dott Massimo Sordi, con l'assistenza degli Avv.ti Riccardo Montanaro e Angiola Peyrano Pedussia del Foro di Torino, avendo partecipato al procedimento di gara in oggetto,

COMUNICA

che la Società ha intenzione di proporre ricorso giurisdizionale dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale competente.
In particolare, il ricorso giurisdizionale sarà proposto per i seguenti motivi di diritto:

1. Violazione di legge: art. 46 D.Lgs. 163/2006 s.m.i. Violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione. -

AZIENDA U.S.L. N. 8 - CAGLIARI
SERVIZIO TECNICO
26 NOV. 2013
ENTRATA

Il presente allegato è composto di n° 4 fogli.
Il Responsabile del Servizio Tecnico
(Ing. Massimo Masia)

MECALL s.r.l.
x-ray equipments
20851 Lissone (MB) Italy / Via Negrelli, 55 / Phone +39.039.24.315.1
Fax +39.039.46.48.19 / www.mecall.it / e-mail: info@mecall.it
Sede Legale: Via Zucchi, 1 / 20900 MONZA
Cap. Soc. int. vers. € 500.000,00 / Cod. Fisc. 06211250157
Part. IVA 00897970968 / VAT IT 00897970968 / REA 1217620 / Registro Imprese MB 06211250157
Registro Nazionale PMI IT09060P00000638 / Registro A.E.E. IT08020000001514

Violazione ed erronea applicazione della *lex specialis* e di fondamentali principi in materia di gara.

La nota dell'ASL 8 Cagliari prot. n. PQ 137179 in data 19 novembre 2013, con cui la stazione appaltante ha escluso MECALL S.r.l., si pone in violazione dei principi generali che regolano le modalità di presentazione delle offerte nonché in violazione del principio di tipizzazione delle cause di esclusione sancito nel Codice degli Appalti (D.Lgs. 163/2006 s.m.i.) a garanzia del principio del *favor partecipationis.*

L'introduzione di una tipizzazione tassativa delle cause di esclusione dalle gare e la riduzione del potere discrezionale della stazione appaltante ha l'obiettivo di assicurare il rispetto del principio della concorrenza e di ridurre il contenzioso in materia di affidamento di contratti pubblici (cfr. determinazione AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012).

Nel caso di specie, la stazione appaltante ha escluso illegittimamente la Società a seguito dell' inosservanza del termine indicato per il differimento della validità dell'offerta, ai sensi dell'art. 11 comma 6 del D.Lgs. 163/2006 s.m.i. (peraltro non imputabile a MECALL S.r.l.).

L'inosservanza del suddetto termine per la presentazione della dichiarazione di estensione della validità dell'offerta non era specificamente prevista, dal disciplinare di gara, a pena di esclusione.

MECALL s.r.l.
x-ray equipments
20851 Lissone (MB) Italy / Via Negrelli, 55 / Phone +39.039.24.315.1
Fax +39.039.46.48.19 / www.mecall.it / e-mail: info@mecall.it
Sede Legale: Via Zucchi, 1 / 20900 MONZA
Cap. Soc. int. vers. € 500.000,00 / Cod. Fisc. 08211250157
Part. IVA 00897070068 / VAT IT 00897070068 / REA 1217620 / Registro Imprese MB 08211250157
Registro Nazionale Pile IT00080P00000639 / Registro A.E.E. IT08020000001514

Il disciplinare prevedeva infatti l'esclusione in relazione all'impegno a tenere ferma ed irrevocabile l'offerta per un periodo non inferiore a 210 giorni, non già per inosservanza del termine in caso di differimento.

2. Si tenga conto inoltre che la stazione appaltante ha applicato un rigido formalismo nei riguardi di MECALL S.r.l. ma non con riguardo all'individuazione del termine per il differimento della validità delle offerte.

L'Ente ha infatti previsto un termine eccezionalmente breve per la presentazione della dichiarazione di differimento delle offerte (4 novembre 2013 rispetto alla data di comunicazione della stazione appaltante del 22 ottobre 2013) mentre il termine indicato in origine per la presentazione delle offerte (52 giorni) era stato individuato conformemente a quanto previsto dalla legge, tenendo conto della data di pubblicazione del bando di gara.

Non vi è giustificazione per un aggravamento del procedimento determinato da un così ristretto termine per inviare la conferma della validità dell'offerta, per di più in un periodo caratterizzato da giorni festivi. E tanto più in una ipotesi in cui si pretende di porre il rischio del ritardo postale a carico del concorrente.

Si consideri oltretutto che i termini di validità dell'offerta erano già scaduti da tempo (giugno 2013) e che quindi non vi era alcuna ragione di urgenza per imporre termini così ristretti, inferiori ai termini di legge e della *lex specialis*, non idonei a garantire alla Società una rivalutazione della sussistenza dei presupposti per mantenere la validità dell'offerta.

* * * * * * *

MECALL s.r.l.
x-ray equipments
20851 Lissone (MB) Italy / Via Negrelli, 55 / Phone +39.039.24.315.1
Fax +39.039.46.48.19 / www.mecall.it / e-mail. info@mecall.it
Sede Legale: Via Zucchi, 1 / 20900 MONZA
Cap. Soc. int. vers. €.500.000,00 / Cod. Fisc. 08211250157
Part. IVA 00897070968 / VAT IT 00897070968 / REA 1217520 / Registro Imprese MB 08211250157
Registro Nazionale Pile IT0806P00000638 / Registro A.E.E. IT08020000001514

Su tali basi, si invita Codesta Stazione Appaltante a procedere in via di autotutela, annullando il provvedimento di esclusione nei confronti d MECALL S.r.l. e, per l'effetto, a riammettere la Società alle fasi successive di gara.

In difetto, la scrivente Società si vedrà costretta a proporre ricorso giurisdizionale amministrativo.

Con ossequio.

Lissone, 26 novembre 2013

MECALL S.r.l.

Massimo Sordi

Presidente del Consiglio di Amministrazione