



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 866 del 25 settembre 2019

Fascicolo n. 2231/2016

Oggetto: Gare con procedura negoziata per l'approvvigionamento di dispositivi medici. Delibere n. 368 e n. 369 del 26 aprile 2016 adottate dal Direttore generale dell'Azienda Policlinico Umberto I di Roma. Esponente: Federazione Italiana Autonomie Locali e Sanità (FIALS)

Fascicolo n. 1684/2019

Oggetto: Acquisizione e fornitura di dispositivi medici; S.A.: Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico Umberto I. Esponente: Società BPR S.r.l.

Il Consiglio

Visto l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 114/2014, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione;

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e successive modificazioni;

Visto l'art. 9 ter del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78;

Visto il Regolamento sull'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, di cui alla Delibera 4 luglio 2018;

Vista la Relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture;

I. PREMESSA

1. Le delibere citate nel fascicolo n. 2231/2016 e, precisamente, Delibera n. 368 del 26/04/2016 recante *“Espletamento di una gara a procedura negoziata, ai sensi dell'art. 57, comma 2 del D. Lgs. 163/2006, per l'acquisizione di protesi per la colonna vertebrale occorrenti alle esigenze delle UU.OO.CC. di Neurochirurgia A e B”* e Delibera n. 369 del 26/04/2016 recante *“Espletamento di una gara a procedura negoziata, ai sensi dell'art. 57, comma 2 del D. Lgs. 163/2006, per l'acquisizione di dispositivi medici occorrenti alle esigenze delle UU.OO.CC. di Neurochirurgia A e B”*, nonché quelle riportate nel fascicolo n. 1684/2019 e, nello specifico, Delibera n. 747 del 22/08/2016 recante *“Approvazione del disciplinare, del bando e dell'estratto per i quotidiani relativamente*

la gara a procedura aperta urgente, da esperire ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. 50/2016, finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per l'acquisizione di protesi per la colonna vertebrale occorrenti alle esigenze delle UU.OO.CC. di Neurochirurgia A e B, secondo le disposizioni previste dal nuovo codice degli appalti e delle concessioni, D. Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016" e Delibera n. 748 del 22/08/2016 recante "Approvazione del disciplinare, del bando e dell'estratto per i quotidiani relativamente la gara a procedura aperta urgente, da esperire ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. 50/2016, finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per l'acquisizione di dispositivi medici occorrenti alle esigenze delle UU.OO.CC. di Neurochirurgia A e B, secondo le disposizioni previste dal nuovo codice degli appalti e delle concessioni, D. Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016", sono atti prodromici di indizione non già di quattro gare diverse, ma delle stesse due gare, posto che le delibere nn. 368 e 369 del 2016 erano state predisposte in vigore del vecchio Codice dei contratti, ma adottate formalmente dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice e, per tale motivo, riadottate con delibere nn. 747 e 748 del 2016 in osservanza al D. Lgs. 50/2016, mantenendo al contempo lo stesso oggetto.

2. Conseguentemente, l'Ufficio istruttore ha ritenuto che il fenomeno appena descritto integrasse la fattispecie di connessione oggettiva, la quale consente – pur in presenza di esposti provenienti da soggetti diversi e in periodi diversi – di procedere alla riunione dei fascicoli, disponendone la trattazione unitaria.

II. FASCICOLO n. 2231/2016

Esposto della Federazione Italiana Autonomie Locali e Sanità (FIALS)

1. L'organizzazione sindacale FIALS, con propria segnalazione acquisita al prot. n. 71640 del 5.5.2016, ha sottoposto all'attenzione di ANAC alcune criticità riscontrate nelle procedure di acquisizione di dispositivi medici, effettuate dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico Umberto I (in seguito, il Policlinico). Le anomalie denunciate dall'esponente sono rinvenibili, principalmente, nelle delibere nn. 368 e 369, entrambe del 26 aprile 2016, negli allegati da queste richiamati e in ulteriori due note provenienti la prima dal Direttore Sanitario p.t., la seconda dalla Dirigente U.O.S. AA.GG. Bilancio Contratti Acquisto dispositivi medici e farmaci p.t.

2. Preliminarmente va osservato che le delibere richiamate sono pressoché identiche, ovvero perfettamente sovrapponibili quanto a premesse, durata (1 anno) e dispositivo, divergendo in due soli punti e, precisamente, nell'oggetto (la 368 riguarda l'acquisizione di protesi per colonna vertebrale, la 369 di dispositivi medici, entrambe predisposte per soddisfare le esigenze delle UU.OO.CC. di Neurochirurgia A e B) e nell'importo (la 368 prevede un importo a base d'asta di € 1.973.850,00, la 369 di € 3.139.081,00). Conseguentemente, le doglianze mosse dalla FIALS sono state analizzate congiuntamente in quanto riferibili ad entrambe le delibere.

3. Nello specifico, l'esponente contestava innanzitutto la scelta da parte della S.A. di indire le gare ai sensi del previgente Codice dei contratti, posto che dopo il 19 aprile 2016, data di entrata in vigore del nuovo codice, non sarebbe stato più possibile procedere in tal senso.

Prospettava poi profili di violazione dell'art. 57, comma 2, D. lgs. 163/2006, rubricato "Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara", in quanto, a detta dell'esponente, il Policlinico non versava in alcuna delle ipotesi elencate dal comma richiamato.

Sosteneva, inoltre, che l'attività di programmazione della S.A. fosse gravemente carente, richiamando a tal fine le seguenti note:

a) Nota del 26/10/2015, n. prot. 0032369, con la quale i due Direttori delle UU.OO.CC. di neurochirurgia comunicavano al Direttore della Farmacia Interna e alla Dirigente U.O.S. AA.GG. Bilancio Contratti Acquisto dispositivi medici e farmaci il fabbisogno di materiali dispositivi e protesici per le esigenze del blocco operatorio di Neurochirurgia per l'anno 2015. Secondo l'esponente, infatti, comunicare il fabbisogno per l'anno 2015 in data 26/10/2015, ovvero ad anno ormai concluso, confermerebbe i rilievi mossi circa l'inadeguatezza della programmazione;

- b) Nota del Direttore Generale dell'Azienda Policlinico Umberto I, p.t., prot. n. 0007673 del 07/03/2016 inviata al Direttore Regionale della Centrale Acquisti con la quale si chiedeva l'autorizzazione ad esperire procedure negoziate urgenti per la fornitura di dispositivi medici non previsti nelle gare aggiudicate dalla Centrale Acquisti della Regione Lazio;
- c) Nota di risposta del Direttore Regionale della Centrale Acquisti del 24/03/2016 al Direttore Generale del Policlinico, nella quale evidenziava innanzitutto che le iniziative di acquisto citate nella richiesta del Policlinico non erano state comunicate in sede di definizione dei fabbisogni annuali e, conseguentemente, non presenti nel Piano degli Acquisti per il biennio 2015-2016, sollecitandone al contempo l'immediato inserimento nel Piano per gli Acquisti per il biennio 2016-2017; nelle more della formalizzazione nel Piano e del conseguente avvio delle relative gare in forma aggregata, il Direttore della Centrale Acquisti autorizzava il Policlinico ad espletare autonome procedure d'acquisto in conformità a quanto previsto al punto 9 del DCA 221/2015;
- d) Nota del 04/04/2016 a firma del Direttore Sanitario p.t. in cui segnalava svariate criticità relative agli approvvigionamenti dei beni sanitari e suggeriva l'istituzione di una *"commissione tecnica per la pianificazione delle azioni necessarie a completare il processo di regolarizzazione degli approvvigionamenti"*.
- e) Nota di risposta della Dirigente U.O.S. AA.GG. Bilancio Contratti Acquisto dispositivi medici e farmaci p.t. del 06/04/2016 al Direttore Sanitario, con la quale contestava la molteplicità di affidamenti diretti avanzati dalla UOC Farmacia per approvvigionamenti richiesti in condizioni di urgenza sanitaria, che costringevano la stessa alla ratifica di scelte di dubbia legittimità. In particolare, la scrivente evidenziava come a volte le forniture si perfezionavano con la consegna immediata dei beni su richiesta della Farmacia interna - per sopperire ai vuoti di magazzino o alle urgenze delle sale operatorie - dove invece il formale inoltro delle richieste di acquisto per importi sotto soglia avveniva solo dopo la consegna della merce.

Nota di avvio istruttoria dell'Autorità

Al fine di consentire l'esame delle problematiche oggetto dell'esposto e di altre criticità rilevate è stato avviato un procedimento di vigilanza (prot. n. 92863 del 13.06.2016) con il quale sono stati chiesti alla S.A. chiarimenti in merito alla mancata comunicazione alla Regione dei fabbisogni da inserire nel Piano degli Acquisti per il biennio 2015-2016 nonché le motivazioni circa l'omessa o sottostimata attività di programmazione dei fabbisogni a lungo termine, mentre, al contrario, si continuava a fare ricorso ad affidamenti diretti a ditte individuate dalla UOC Farmacia con modalità non consentite dal codice dei contratti.

Nota di riscontro dell'Azienda Policlinico Umberto I

1. Con la nota di riscontro n. 38701 del 12/07/2016, il Policlinico ha dapprima specificato che le due delibere erano state predisposte in data 4 aprile 2016 (quindi in vigenza del D. Lgs. 163/2006), sottoscritte in data 21 aprile 2016 (anteriormente al Comunicato ANAC del 22 aprile 2016) e registrate il 26 aprile 2016. Ha, tuttavia, sottolineato che i futuri bandi sarebbero stati predisposti in osservanza al D. Lgs. 50/2016 e in accordo al citato comunicato del 22 aprile 2016.
2. Relativamente poi ai rilievi sollevati dall'esponente circa l'omessa comunicazione dell'Azienda alla Centrale Acquisti Regionale dei fabbisogni da inserire nel Piano degli acquisti per il biennio 2015/2016, il Direttore Generale ha preliminarmente riferito che fin dalla data del suo insediamento nella Direzione¹, ed a seguito delle disposizioni contenute nel Decreto Legge n. 66/2014, che ha istituito l'elenco dei soggetti aggregatori, nonché la circolare del MEF n. 20518/2016 e al DPCM 24.12.2015² concernente l'individuazione delle categorie merceologiche, si era impegnato per mettere ordine a tutte le complesse situazioni che aveva ereditato cercando di recepire gli esiti di tutte le gare aggiudicate dalla

¹ Prima come Commissario Straordinario del Policlinico (9.7.2012) e poi come Direttore generale (30.8.2012).

² Pubblicato sulla GURI n. 32 del 9.02.2016.

propria centrale di committenza regionale in modo *“da porre fine ai precedenti “usi” nell’acquisto di dispositivi medici, che facevano riferimento esclusivamente a procedure di acquisti diretti, di qualsiasi importo”*.

Non ha viceversa chiarito i motivi della mancata comunicazione dei fabbisogni per il biennio 2015-2016 nei tempi prestabiliti, sostenendo di comunicare i propri fabbisogni *“secondo i piani temporali imposti dalla Regione”*.

3. La S.A. ha ulteriormente precisato che solo dopo aver verificato l’impossibilità, per alcune categorie merceologiche, di fare riferimento anche ad altre centrali di committenza e versando in una situazione di emergenza sanitaria, avrebbe chiesto alla Centrale Acquisti l’autorizzazione ad esperire procedure negoziate urgenti per l’approvvigionamento di determinati dispositivi medici.

4. L’amministrazione del Policlinico ha infine chiarito che le gare in parola sono finalizzate al perfezionamento di contratti di appalto di durata limitata (1 anno), in attesa della aggiudicazione di gare di appalto aggregate esperite dalla centrale di committenza di riferimento.

5. Il Direttore Generale p.t. ha anche allegato, alla nota di riscontro, una sorta di relazione sul proprio operato, ovvero sulla situazione gravemente critica che ha dovuto affrontare e su come intendeva impostare gli interventi futuri. Tali aspetti, tuttavia, non rientrando nell’ambito dell’istruttoria in esame, non sono stati oggetto di specifica disamina.

Attività di monitoraggio

Poiché il Policlinico non ha successivamente dato corso alle delibere nn. 368 e 369 del 26/04/2016 ma ha, anzi, adottato due nuove delibere ai sensi dell’art. 60 (Procedura aperta) del D. Lgs. 50/2016 e, precisamente, la n. 747 e la n. 748 del 22/08/2016, l’Ufficio ha indirizzato la propria attività di vigilanza sulle gare che si sarebbero espletate a breve, riservandosi di intervenire in presenza di eventuali nuovi esposti.

III. FASCICOLO n. 1684/2019

Esposto della Società BPR a r.l.

1. Nel proprio esposto, pervenuto in ANAC il 26/03/2019, la Società BPR ha dichiarato, innanzitutto, di aver partecipato alla gara a procedura aperta urgente, ai sensi dell’art. 60 del D. Lgs. 50/2016, finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per l’acquisizione di dispositivi medici occorrenti alle esigenze delle UU.OO.CC. di Neurochirurgia A e B dell’Azienda Policlinico Umberto I, indetta con delibera n. 748 del 22/08/2016.

Il bando di gara è stato pubblicato il 22/11/2016 e il termine di scadenza per la presentazione delle offerte è stato dapprima fissato per il giorno 19 dicembre, alle ore 12:00, successivamente prorogato al giorno 9 gennaio 2017.

2. La Società esponente si duole, in via principale, del notevole ritardo nello svolgimento della gara e, a tal fine, allega due note:

a) la prima con cui la S.A. comunica, in data 05/03/2019, che la seduta pubblica con all’ordine del giorno la Lettura dei punteggi tecnici attribuiti e l’Apertura delle Buste C – Offerte Economiche si terrà il giorno 12 marzo 2019 alle ore 10:00;

b) la seconda con cui il Policlinico informa, in data 08/03/2019, che la seduta pubblica già convocata per il giorno 12 marzo 2019 viene rinviata a data da destinarsi.

3. Contesta altresì il comportamento assunto dal Policlinico che – *medio tempore* – continua ad approvvigionarsi in via diretta da imprese vincitrici di gare bandite da altra Azienda Ospedaliera, per gli stessi prodotti posti a base di gara, in virtù della Deliberazione n. 870 del 6 ottobre 2016 recante *Recepimento della gara a procedura aperta espletata in unione d’acquisto dall’Azienda Ospedaliera San Camillo*

Forlanini con il Policlinico Tor Vergata per il fabbisogno biennale di dispositivi e protesi per Neurochirurgia, più volte prorogata. Segnala inoltre che tale fenomeno non si limiterebbe unicamente alla gara in questione, ma si estenderebbe ad altre procedure simili, alle quali pure aveva concorso la Società segnalante.

4. Conclusivamente, a detta della Società BPR, il Policlinico avrebbe violato le seguenti disposizioni normative: l'art. 63 del D. Lgs. 50/2016, in quanto l'A.O.U. procede con affidamenti ad imprese terze laddove i ritardi nella conclusione delle procedure di gara in corso sarebbero imputabili alla S.A. che – oltretutto – ricorre ad affidamenti diretti e non a procedure negoziate; l'art. 106 del Codice, per abuso e falsa applicazione del potere di proroga dei contratti in corso; l'art. 9-ter D.L. 78/2015, in quanto la facoltà di stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro di altre aziende ospedaliere è prevista dalla norma richiamata solo allorché le imprese già fornitrici abbiano rifiutato di applicare i ribassi sulle forniture previste dalla norma stessa (circostanza peraltro non sussistente nel caso di specie, in quanto la stessa istante, precedente fornitrice, ha accettato di applicare i ribassi richiesti dalla S.A.).

IV. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

Il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 5 giugno 2019 ha esaminato e approvato le seguenti risultanze dell'istruttoria:

Deliberazione n. 870 del 6 ottobre 2016

1. Con delibera n.870 del 6 ottobre 2016 il Policlinico ha recepito la gara a procedura aperta espletata in unione d'acquisto dall'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini con il Policlinico Tor Vergata per il fabbisogno biennale di dispositivi e protesi per Neurochirurgia.

2. Tale facoltà, ovvero quella di poter stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro, anche di altre regioni, o tramite affidamento diretto a condizioni più convenienti in ampliamento di contratto stipulato, mediante gare di appalto o forniture, da aziende sanitarie della stessa o di altre regioni o da altre stazioni appaltanti regionali è stata introdotta, a favore degli enti del Servizio sanitario nazionale, dal D.L. n. 95/2012 e successivamente confermata dal D.L. n. 78/2015³.

Essa è tuttavia azionabile solo in presenza dei presupposti puntualmente elencati dall'art. 9 ter del decreto citato, che si possono così riassumere:

- a) **Proposta della S.A.** - Gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti in essere che abbia l'effetto di ridurre i prezzi unitari di fornitura e/o i volumi di acquisto, rispetto a quelli contenuti nei contratti in essere, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto, al fine di conseguire una riduzione su base annua del 5 % del valore complessivo dei contratti in essere;
- b) **Mancato accordo** - Nell'ipotesi di mancato accordo con i fornitori, entro il termine di trenta giorni dalla trasmissione della proposta in ordine ai prezzi o ai volumi, gli enti del Servizio sanitario nazionale hanno diritto di recedere dal contratto, in deroga all'articolo 1671 del codice civile, senza alcun onere a carico degli stessi;
- c) **Risoluzione del contratto** – Solo gli enti del Servizio sanitario nazionale che abbiano risolto il contratto, nelle more dell'espletamento delle gare indette in sede centralizzata o aziendale, possono, al fine di assicurare comunque la disponibilità dei beni e servizi indispensabili per

³ Decreto Legge recante: "Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali. Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiuti e di emissioni industriali".

garantire l'attività gestionale e assistenziale, stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro, anche di altre regioni, o tramite affidamento diretto a condizioni più convenienti in ampliamento di contratto stipulato, mediante gare di appalto o forniture, da aziende sanitarie della stessa o di altre regioni o da altre stazioni appaltanti regionali per l'acquisto di beni e servizi, previo consenso del nuovo esecutore.

3. Orbene, analizzando la delibera in questione si legge, tra le premesse, che il Policlinico acquista tali dispositivi attraverso forniture di diversi operatori, ma che non avendo costoro rinegoziato i rapporti in essere - ai sensi del DL 78/2015 – lo stesso si appresterebbe a risolverli per accedere ai sensi della citata normativa ad analoghi contratti di altre amministrazioni a condizioni migliori.

Ad avviso dell'Ufficio, invero, appare piuttosto singolare che nessuno tra i fornitori abbia accettato la proposta della S.A. in ordine alla riduzione dei prezzi, né risulta, dal testo della delibera, che alcuno dei fornitori si sia avvalso della facoltà, prevista dal comma 4 dell'art. 9 ter, citato, di recedere dal contratto. Non solo: la società segnalante ha, al contrario, dichiarato di aver accettato di applicare i ribassi richiesti dal Policlinico⁴.

4. Dall'analisi della delibera in parola si evince altresì che la S.A. procedeva al recepimento delle gare espletate dall'A.O. San Camillo–Forlanini antecedentemente alla risoluzione dei contratti con i precedenti fornitori, posto che al 5° cpv. delle premesse si legge, testualmente, che l'Azienda “intende risolverli”, dove invece il comma 5 dell'art. 9 ter richiede espressamente l'avvenuta risoluzione dei contratti in parola per poter attivare la facoltà di accedere a gare espletate da altri enti.

Deliberazione n. 627 del 18 luglio 2018

1. Con la presente delibera il Policlinico ha disposto la prosecuzione delle forniture derivanti dal recepimento della delibera n. 257 del 9 marzo 2016 con la quale l'Azienda Ospedaliera San Camillo – Forlanini ha aggiudicato la gara per il fabbisogno biennale di dispositivi e protesi di neurochirurgia, prorogando, sostanzialmente, quanto deciso con propria delibera n. 870 del 6 ottobre 2016, sopra analizzata.

2. In essa viene innanzi tutto specificato che l'iter procedurale relativo all'aggiudicazione della gara a procedura aperta urgente, indetta dal Policlinico ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. 50/2016, e finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per l'acquisizione di dispositivi medici occorrenti alle esigenze di Neurochirurgia, è nella fase di valutazione delle offerte tecniche e della campionatura presentate dai concorrenti.

3. Più in dettaglio, dall'esame delle premesse si apprende inoltre che con delibera n. 805 del 12 giugno 2018 l'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini aveva disposto la prosecuzione, fino al giorno 31/01/2019, delle forniture di dispositivi medici per Neurochirurgia, così come aggiudicate con propria delibera n. 257 del 9 marzo 2016, nelle more dell'espletamento della procedura di una (nuova) gara.

4. Conseguentemente, anche il Policlinico si apprestava a prorogare il proprio approvvigionamento attraverso i fornitori del Forlanini per la medesima durata, ovvero fino al giorno 31/01/2019, come da tabella riepilogativa sotto riportata, per un importo complessivo pari ad € 2.860.685,62 + IVA (€ 3.181.082,40 IVA inclusa):

⁴ V., in tal senso, Delibera n. 981 del 07/08/2017 recante *Prosecuzione, sino alla aggiudicazione della gara a procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro per la fornitura di dispositivi medici per neurochirurgia, del rapporto contrattuale con la Società BPR Medical Device S.r.l.*

SOCIETA'	IMPORTO (IVA ESCLUSA)
BBraun Milano S.p.A.	€ 93.176,00
Innovazione e Progetti Sanità S.r.l.	€ 537.700,00
Integra Lifesciences Italy S.r.l.	€ 30.600,00
Medtronic Italia S.p.A.	€ 71.025,00
High Tech Screw S.r.l.	€ 1.486.104,80
Johnson & Johnson Medical S.p.A.	€ 641.579,82
Smith & Nephew S.r.l.	€ 500,00

5. La delibera in esame non è, evidentemente, suscettibile di positiva valutazione non solo per le considerazioni sopra esposte che qui si intendono richiamate per intero, ma anche perché con essa si conferma la prosecuzione delle forniture di una gara già scaduta, a sua volta prorogata, reiterando così la prassi degli affidamenti diretti.

Deliberazione n. 128 del 13 febbraio 2019

1. Con delibera pubblicata in data 13 febbraio 2019 l'Azienda Ospedaliera ha confermato la prosecuzione della delibera n. 627 del 18 luglio 2018 relativa alle forniture di dispositivi medici e protesi per Neurochirurgia, così come aggiudicate nella gara espletata dall'A.O. San Camillo – Forlanini nel 2016, fino al 30 giugno 2019.

2. Dalla lettura delle premesse si evince innanzitutto che con delibera n. 67 del 15 gennaio 2019 l'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini aveva disposto una ulteriore prosecuzione, fino a giugno 2019, delle forniture di dispositivi medici per Neurochirurgia, così come aggiudicate con propria delibera n. 257 del 9 marzo 2016, nelle more dell'espletamento della nuova gara.

3. Il Policlinico, come già in precedenza, ha parimenti prorogato il proprio approvvigionamento attraverso i fornitori del Forlanini fino al 30 giugno 2019, specificando che le proprie gare interne erano in fase di aggiudicazione e che per “mero errore materiale”, nella delibera di prosecuzione n. 627 del 18 luglio 2018, non era stato inserito il fabbisogno fornito dai reparti utilizzatori relativamente ai lotti di aggiudicazione della Società HD Hospital Device S.r.l., così come risultante dalla gara espletata dall'A.O. San Camillo-Forlanini.

4. Di seguito si riportano gli affidamenti deliberati, per un importo pari ad € 1.956.565,00 IVA esclusa (€ 2.210.918,45 IVA inclusa):

SOCIETA'	IMPORTO (IVA ESCLUSA)
BBraun Milano S.p.A.	€ 46.000,00
Innovazione e Progetti Sanità S.r.l.	€ 250.000,00
Integra Lifesciences Italy S.r.l.	€ 139.000,00
High Tech Screw S.r.l.	€ 750.000,00
Johnson & Johnson Medical S.p.A.	€ 200.000,00
Medtronic Italia S.p.A.	€ 100.000,00
HD Hospital Device S.r.l.	€ 471.565,00

5. Anche la delibera in parola, per quanto in precedenza osservato, non è suscettibile di positiva valutazione.

Eccessiva durata della procedura di gara

1. Come esposto in precedenza, con delibera n. 748 del 22/08/2016 la S.A. aveva indetto una gara a procedura aperta urgente, ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. 50/2016, finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per l'acquisizione di dispositivi medici occorrenti alle esigenze delle UU.OO.CC. di Neurochirurgia A e B dell'Azienda Policlinico Umberto I, per la durata di un anno, eventualmente rinnovabile.

2. Il bando di gara è stato pubblicato il 22/11/2016 e il termine di scadenza per la presentazione delle offerte è stato dapprima fissato per il giorno 19 dicembre, alle ore 12:00, successivamente prorogato al giorno 9 gennaio 2017.

3. In data 14/02/2017 è stato pubblicato l'avviso di convocazione della prima seduta pubblica e, dopo oltre due anni, non è ancora stato stabilito il punteggio per le offerte tecniche pervenute, né sono state aperte le offerte economiche⁵, in asserito spregio ai fondamentali principi di concentrazione e di continuità del procedimento selettivo. Inoltre, consultando la sezione Bandi di gara e Contratti del sito web del Policlinico non è dato rinvenire motivi specifici a fondamento di tale notevole ritardo.

4. Orbene, il principio che impone di svolgere le operazioni di gara entro termini stringenti non ha carattere assoluto, ma può sopportare deroghe e deviazioni (purché ragionevoli e giustificate); tuttavia, come recentemente evidenziato dal Giudice Amministrativo, si tratta di un principio che trova preminente applicazione non tanto con riguardo alla complessiva durata del procedimento, quanto piuttosto in riferimento all'esigenza di concentrazione proprio della fase di valutazione delle offerte tecniche.

V. CONTRODEDUZIONI DELLA S.A.

Art. 9 ter, DL n. 78/2015 (Razionalizzazione della spesa per beni e servizi, dispositivi medici e farmaci)

1. Il Direttore Generale del Policlinico, nella propria nota di risposta, ha preliminarmente sottolineato che la delibera n. 870 del 6 ottobre 2016 di adesione - ex art. 9 ter del DL n. 78/2015 - alla gara espletata dal San Camillo-Forlanini assieme al Policlinico di Tor Vergata per la fornitura biennale di dispositivi medici, non era stata adottata dall'attuale dirigenza.

2. Ha tuttavia ricordato come l'Azienda, all'epoca dei fatti, si fosse trovata *"a causa della situazione ereditata dalla vecchia dirigenza, in uno stato di vera e propria emergenza sanitaria"*. Pertanto, l'odierna (perdurante) emergenza - poiché causata in origine dalla vecchia dirigenza - non sarebbe imputabile, secondo quanto sostenuto nella nota di riscontro, all'attuale dirigenza. Conseguentemente, tale asserita estraneità ai fatti causativi del contesto emergenziale legittimerebbe gli attuali vertici di invocare il meccanismo dell'affidamento diretto ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c) del D. Lgs. n. 50/2016.

3. Se, tuttavia, non si è optato per l'uso della procedura negoziata, si legge nella nota, ma si è preferito procedere attraverso affidamenti diretti ai fornitori aggiudicatari di una gara esperita da altra amministrazione aggiudicatrice è perché *"una procedura negoziata d'urgenza con fornitori di diretta"*

⁵ V., in tal senso, email del 5/3/2019 e del 8/3/2019, entrambe a firma Angela Colella U.O.C. Farmacia Ospedaliera, in atti.

individuazione avrebbe visto l'Azienda come contraente debole e con l'evidente rischio di trovarsi poi nella condizione di dover aggiudicare la fornitura a prezzi più elevati” rispetto a quelli ottenuti tramite ordinativi di fornitura diretti.

4. Peraltro, secondo il Policlinico, la gara espletata a monte dal San Camillo e dal Policlinico di Tor Vergata legittimerebbe tutti gli affidamenti diretti a valle, disposti dall'Azienda, che, si legge, *“non si è limitata a recepire gli esiti delle gare indette dall'Ospedale San Camillo e a contrattualizzare il rapporto con gli aggiudicatari delle stesse, ma ha chiesto loro una ulteriore rinegoziazione dell'offerta, ottenendo un maggior ribasso rispetto a quello a suo tempo offerto in gara”.*

5. Quanto poi al rilievo, mosso da questa Autorità, relativo alla violazione dell'art. 9 ter del DL n. 78/2015, ricondotta al fatto che all'epoca della delibera originaria di recepimento la S.A. non avesse ancora risolto i contratti con i precedenti fornitori, nella nota di riscontro si evidenzia di non ritenerlo condivisibile in quanto frutto di *“una interpretazione meramente letterale della disposizione”* e che anzi *“un'applicazione così restrittiva del dato normativo avrebbe irrimediabilmente pregiudicato il perseguimento dell'interesse pubblico alla tutela della salute”*, come noto *“costituzionalmente garantito e quindi inalienabile ed incompressibile”.*

6. Sul punto, peraltro, si osserva che la S.A., pur a seguito di richiesta in tal senso, ha omesso di elencare i contratti risolti per mancato accordo sulla rinegoziazione, soffermandosi unicamente sulle dichiarazioni della Società BPR che nel proprio esposto sosteneva di aver accettato di applicare i ribassi richiesti dal Policlinico. A tale riguardo l'Azienda ha rilevato che l'affidamento alla BPR era stato disposto dal Direttore Generale *pro tempore* con delibera n. 191 del 7 marzo 2016 *“senza peraltro indicare nelle premesse quali fossero i contratti in essere con la stessa Società”* e che non avendoli rinvenuti agli atti li considera *“realisticamente non esistenti”.* Con delibera n. 235 del 13 marzo 2017 lo stesso Direttore Generale prorogava per ulteriori 8 mesi il rapporto contrattuale con la società BPR sino all'aggiudicazione della gara relativa all'acquisizione di dispositivi medici (tutt'ora in corso) *“prolungando così un contratto di cui risultavano perplessità in ordine alla legittimità della sua sottoscrizione”.*

Eccessiva durata della procedura di gara

1. Relativamente a tale aspetto, l'Azienda ha specificato, preliminarmente, che entrambe le gare di cui alle deliberazioni nn. 747 (protesi per la colonna vertebrale) e 748 (dispositivi medici) del 22/08/2016 si caratterizzano per una oggettiva complessità insita nella particolarità dei prodotti richiesti. Le stesse infatti si suddividono rispettivamente in 95 e 140 lotti per i quali i rispettivi capitolati di gara prevedevano l'obbligo, in campo a ciascun offerente, di *presentare per ciascun lotto di interesse due campioni di prodotto sterili necessari per l'esecuzione delle prove tecniche e per la relativa valutazione da parte della Commissione giudicatrice.*

2. La S.A. ha inoltre rilevato come molte delle ditte partecipanti abbiano presentato offerta per la quasi totalità dei lotti di gara, aggravando così in modo considerevole l'attività delle Commissioni giudicatrici, le cui sedute spesso slittavano per l'impossibilità di garantire la contestuale presenza di tutti i commissari, stante i ruoli ricoperti da questi ultimi nelle rispettive Strutture sanitarie, nonché del personale di supporto.

3. Argomento ulteriore per giustificare l'eccessiva durata della fase valutativa delle offerte è rappresentato, secondo il Policlinico, dalla tipologia dell'accordo quadro, scelta per le gare in esame. Invero, l'interesse degli offerenti ad un utile collocamento in graduatoria anche oltre la prima posizione, ha avuto come diretta conseguenza la necessità, prevista nel disciplinare di gara, di richiedere offerte migliorative ai soggetti collocatisi a pari merito dopo il primo classificato. Oltre a ciò, prosegue l'Azienda, andrebbero considerati i tempi necessari all'espletamento dei numerosi sub-procedimenti di verifica delle offerte anomale considerato l'elevato numero di partecipanti.

4. Conseguentemente, la mancata conclusione delle procedure di gara indette con delibere nn. 747 e 748 del 2016 non sarebbero imputabili all'inerzia della S.A., ma ad una oggettiva complessità delle stesse.

Ricorso alle “proroghe tecniche”

1. Quanto, infine, alle continue proroghe della gara espletata dal San Camillo–Forlanini, esse sostanzierebbero, a detta del Policlinico, ipotesi di *“proroghe tecniche, sempre legittime in presenza di gare già indette e la cui celebrazione è in corso”*.

VI. VALUTAZIONI

Art. 9 ter, DL n. 78/2015 (Razionalizzazione della spesa per beni e servizi, dispositivi medici e farmaci)

1. Come noto, le aziende ospedaliere sono tra i più importanti centri di spesa pubblica. Al fine di contenerla, il legislatore ha approvato una serie di interventi volti a ridurre i relativi costi, come, ad esempio, l'acquisto di beni e servizi in forma associata, sul presupposto che ciò possa garantire economie di scala.

2. In quest'ottica si inserisce l'art. 9 ter del D.L. n. 78/2015 che consente, senza passare per una nuova procedura di gara e sempre con l'intento di realizzare un risparmio, una successiva modifica migliorativa delle condizioni di contratto stabilite attraverso la gara iniziale. Esso infatti prevede che *“gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti a proporre ai fornitori di dispositivi medici una rinegoziazione dei contratti in essere che abbia l'effetto di ridurre i prezzi unitari di forniture e/o i volumi di acquisto, rispetto a quelli contenuti nei contratti in essere, senza che ciò comporti modifica della durata del contratto stesso”*. Lo stesso articolo, sempre con il fine di contenere le spese, ha anche previsto che un contratto di fornitura di beni o servizi, in caso di mancato accordo con il fornitore, si possa risolvere, e che nel caso di risoluzione si possa stipulare, anche qui senza nuova gara, un contratto nuovo le cui condizioni sono determinate in base al contratto in essere con altre aziende. Così, al comma 4 si legge: *“nell'ipotesi di mancato accordo con i fornitori, entro il termine di trenta giorni dalla trasmissione della proposta in ordine ai prezzi o ai volumi, gli enti del Servizio sanitario nazionale hanno il diritto di recedere dal contratto, in deroga all'articolo 1671 del codice civile, senza alcun onere a carico degli stessi. È fatta salva la facoltà del fornitore di recedere dal contratto entro trenta giorni dalla comunicazione della manifestazione di volontà di operare la riduzione, senza alcuna penalità da recesso verso l'amministrazione e ha effetto decorsi trenta giorni dal ricevimento della relativa comunicazione da parte di quest'ultima”*. E ancora, *“gli enti del Servizio sanitario nazionale che abbiano risolto il contratto ai sensi del comma 4, nelle more dell'espletamento delle gare indette in sede centralizzata o aziendale, possono, al fine di assicurare comunque la disponibilità dei beni e servizi indispensabili per garantire l'attività gestionale e assistenziale, stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro, anche di altre regioni, o tramite affidamento diretto a condizioni più convenienti in ampliamento di contratto stipulato, mediante gare di appalto o forniture, da aziende sanitarie della stessa o di altre regioni o da altre stazioni appaltanti regionali per l'acquisto di beni servizi, previo consenso del nuovo esecutore”*.

3. Tanto premesso deve subito rilevarsi che trattasi, con tutta evidenza, di disposizioni speciali ed eccezionali, in quanto manifestamente restrittive del principio eurounitario di concorrenza. Conseguentemente, esse vanno applicate ai soli casi espressamente disciplinati e in presenza di tutti i presupposti ivi elencati.

4. In estrema sintesi, la S.A. può legittimamente procedere attraverso affidamenti diretti ai fornitori aggiudicatari di gara esperita da altra azienda sanitaria e, quindi, senza passare per una nuova gara, a condizione che si realizzino i presupposti, cumulativi e non alternativi, posti dalla norma in esame, che

si possono sinteticamente riassumere nella proposta di rinegoziazione da parte della S.A.; nel mancato accordo col fornitore; e nella conseguente risoluzione del contratto stabilito attraverso la gara iniziale.

5. Ebbene, dalla documentazione versata in atti si evince in modo univoco l'illegittima applicazione, da parte della S.A., dell'art. 9 ter del decreto citato, posto che si è avvalsa del meccanismo ivi delineato in assenza dei presupposti contemplati dalle pertinenti disposizioni. L'Azienda, in altre parole, non ha fornito l'elenco dei fornitori che hanno deciso di recedere dal contratto iniziale né quello dei contratti risolti.

Eccessiva durata della procedura di gara

1. Come già rilevato, il principio che impone di svolgere le operazioni di gara entro termini stringenti non ha valore assoluto, ma può sopportare deroghe purché ragionevoli e non addebitabili all'Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione.
2. Si tratta peraltro di principio che trova preminente applicazione non tanto con riguardo alla complessiva durata del procedimento, quanto piuttosto in riferimento all'esigenza di concentrazione proprio della fase di valutazione delle offerte tecniche.
3. Nella fattispecie in esame, pur comprendendo le difficoltà riscontrate dalla S.A. nel gestire le gare finalizzate alla conclusione di un accordo quadro, sul punto non può tuttavia omettersi di osservare che i dispositivi medici rientrano, accanto ai beni "standardizzati" e a quelli "su misura", nella prevalente intermedia categoria dei "beni semi-standardizzati" ovvero dei beni della stessa specie prodotti per il mercato e non modificabili dalla stazione appaltante, ma con caratteristiche qualitative o prestazionali differenziate a seconda dei produttori.
4. Pertanto, nonostante la molteplicità dei lotti, la S.A. aveva comunque la possibilità – stante le caratteristiche dei dispositivi medici – di organizzare le procedure di gara con una tempistica idonea a garantire i fondamentali principi di concentrazione e di continuità del procedimento selettivo.

Ricorso alle "proroghe tecniche"

1. A tale riguardo, non convince nemmeno l'assunto del Policlinico secondo cui le numerose proroghe della gara esperita dal San Camillo – Forlanini integrerebbero ipotesi di "proroghe tecniche", giustificabili dallo svolgimento contestuale delle procedure di gara.
2. Basti, in senso contrario, richiamare il Comunicato del 18 novembre 2015 in cui l'ANAC ribadisce che la proroga è un istituto assolutamente eccezionale e, in quanto tale, è possibile ricorrervi solo per cause determinate da fattori che comunque non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, condizione inderogabile per l'affidamento diretto delle forniture successive è che il loro importo complessivo stimato sia stato computato per la determinazione del valore globale del contratto iniziale.

In base a quanto considerato e sulla scorta delle precedenti osservazioni e valutazioni, il Consiglio

Delibera

- a) L'articolo 9 ter, del decreto legge n. 78/2015 recante "Razionalizzazione della spesa per beni e servizi, dispositivi medici e farmaci" integra delle disposizioni speciali ed eccezionali, in quanto manifestamente restrittive del principio eurounitario di concorrenza. Conseguentemente, esse vanno applicate ai soli casi espressamente disciplinati e in presenza di tutti i presupposti ivi elencati;

- b) la S.A. può legittimamente procedere attraverso affidamenti diretti ai fornitori aggiudicatari di gara esperita da altra azienda sanitaria e, quindi, senza passare per una nuova gara, a condizione che si realizzino i presupposti, cumulativi e non alternativi, posti dalla norma sopra richiamata;
 - c) il principio che impone di svolgere le operazioni di gara entro termini stringenti non ha valore assoluto, ma può sopportare deroghe purché ragionevoli e non addebitabili all'Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione; tale principio trova preminente applicazione non tanto con riguardo alla complessiva durata del procedimento, quanto piuttosto in riferimento all'esigenza di concentrazione della fase di valutazione delle offerte tecniche;
 - d) la cosiddetta "proroga tecnica" è un istituto assolutamente eccezionale e, in quanto tale, è possibile ricorrervi solo per cause determinate da fattori che comunque non coinvolgono la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice.
-
- dà mandato all'Ufficio di Vigilanza Servizi e Forniture di inviare la presente delibera all'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico Umberto I, richiedendo che si dia comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione delle gare di cui alle deliberazioni nn. 747 (protesi per la colonna vertebrale) e 748 (dispositivi medici) del 22/08/2016, ai segnalanti, nonché alla Regione Lazio che esercita funzioni di vigilanza nei confronti dell'Azienda;
 - dà parimenti mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera alla Procura Regionale della Corte dei conti presso la Sezione Giurisdizionale per la Regione Lazio per gli eventuali profili di interesse.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 ottobre 2019

Il Segretario
Maria Esposito