



Presidente

All'Azienda Sanitaria Provinciale di Ragusa
c.a. Commissario Straordinario Dott. Fabrizio Russo
c.a R.U.P. Dott.ssa Vincenza Piccione

Fascicolo Anac n. 1706/2022

Oggetto:

Fornitura in somministrazione di Gas medicinali A.I.C., Gas ad uso umano, Gas tecnici e di laboratorio, comprensiva dei servizi di manutenzione degli impianti di distribuzione, messa a disposizione di centrali di produzione aria medicinale e servizi annessi presso i PP.OO. dell'A.S.P. di Ragusa, per la durata di 2 due anni - CIG 6455690BE8.

Nota di definizione del procedimento ai sensi dell'art. 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, assoggettata a pubblicazione sul sito istituzionale dell'Autorità ai sensi dell'art. 22-bis del medesimo Regolamento.

Premessa

Nell'esercizio dei poteri di vigilanza e controllo di cui all'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016, in attuazione del Piano Ispettivo per l'anno 2021, il Presidente dell'Autorità, con mandato ispettivo n. 89118 del 13 dicembre 2021 ha incaricato il Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza di eseguire specifici accertamenti nei confronti dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Ragusa e della Centrale Unica di Committenza della Regione Sicilia in Palermo e di ogni altro soggetto eventualmente collegato e/o interessato dalla procedura di appalto indicata in oggetto, di cui al CIG 6455690BE8.

Il Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza ha esercitato la facoltà di sub-delega prevista dall'art. 5, punto 3, lettera b del vigente protocollo d'intesa stipulato in data 11.10.2021, attivando il Nucleo di Polizia-Finanziaria della Guardia di Finanza di Palermo che ha avviato l'attività ispettiva richiesta in data 22.12.2021.

In data 5.12.2022, a seguito del pervenimento della relazione ispettiva della Guardia di Finanza e degli atti a corredo e conseguentemente alle valutazioni operate, l'Autorità con prot. ANAC n. 101685 ha avviato apposita istruttoria finalizzata a verificare l'adeguatezza dell'operato dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Ragusa e della Centrale Unica di Committenza della Regione Sicilia in Palermo e di ogni altro soggetto eventualmente collegato e/o interessato dalla procedura di appalto di che trattasi.

A fronte di ciò, in base alla documentazione acquisita in atti con le controdeduzioni dell'ASP Ragusa e della Centrale Unica di Committenza per Acquisizione di Beni e Servizi di Palermo ed in esito alle conseguenti valutazioni, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 9 maggio 2023, ha disposto la trasmissione delle seguenti osservazioni.

Considerato in fatto

Gara aggiudicata all'R.T.I. costituito da Air Liquide Sanità Service S.p.A. (capogruppo/mandataria) e Mediter Srl (mandante) il 13 ottobre 2016.

Con decreto presidenziale n. 89118 del 13.12.2021, come detto, questa Autorità ha disposto una visita ispettiva ai sensi dell'art. 213, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 al fine di acquisire elementi conoscitivi e documentali in ordine alle modalità di espletamento della gara ad evidenza pubblica identificata con il CIG 6455690BE8, inerente l'affidamento della "*fornitura in somministrazione di Gas medicinali A.I.C. , Gas ad uso umano, Gas tecnici e di laboratorio, comprensiva dei servizi di manutenzione degli impianti di distribuzione, messa a disposizione di centrali di produzione aria medicinale e servizi annessi presso i PP.OO. dell'A.S.P. di Ragusa, per la durata di 2 due anni*".

L'attività ispettiva è stata svolta presso l'A.S.P. di Ragusa quale stazione appaltante della gara suddetta e presso la C.U.C. della Regione Siciliana di Palermo quale soggetto aggregatore regionale preposto ad effettuare, su richiesta delle Aziende del Servizio Sanitario Nazionale, le acquisizioni di beni e servizi rientranti nelle categorie merceologiche di cui al D.P.C.M. dell'11.07.2018, fra le quali sono annoverati i "gas medicinali".

In seguito all'espletamento dell'attività ispettiva presso la C.U.C. della Regione Siciliana di Palermo, la Guardia di Finanza ha acquisito una nota di riscontro - datata 13.02.2019 - con cui il Dirigente preposto precisava che le procedure di gara venivano espletate dai due Bacini nei quali era stato diviso il territorio regionale (Occidentale ed Orientale) poiché la categoria merceologica interessata dal CIG in questione era ritenuta estranea al perimetro di obbligatorietà sancito dal DPCM del 24.12.2015.

Il medesimo Dirigente - preposto all'Ufficio Speciale C.U.C. Regione Sicilia - evidenziava altresì che anche nel periodo successivo al DPCM dell'11.07.2018, dal quale si ricava chiaramente la competenza della Centrale Unica nella materia in oggetto, la gara in questione era stata delegata, attraverso l'Autorità di Bacino Orientale, all'ASP di Catania.

A tal riguardo, già nel 2014, L'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico – Vittorio Emanuele di Catania, aveva indetto con delibera n. 479, una **procedura aperta** per l'appalto in forma centralizzata per il Bacino Sicilia Orientale, relativo alla "*fornitura quinquennale dei gas medicinali A.I.C., di gas ad uso umano, di gas tecnici e di laboratorio e dei dispositivi medici con relativi servizi di gestione e distribuzione, comprensiva delle consegne e della manutenzione integrale full risk dei relativi impianti*" cui ha aderito tra gli altri, anche l'A.S.P. di Ragusa ai sensi **dell'art. 55 del d.lgs. n. 163 del 2006**.

La procedura bandita dall'A.O.U. Policlinico di Catania non è mai giunta al termine perché dopo essere stata sottoposta all'attenzione del Giudice Amministrativo, è stata annullata con la

sentenza n. 206 del 18.7.2016 emessa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

Nelle more della definizione dei due gradi di giudizio, l'A.S.P. di Ragusa con delibera n. 2062 del 13.10.2015 ha deciso di provvedere all'affidamento dell'appalto di forniture in via autonoma poiché i beni oggetto della gara non erano acquisibili mediante ricorso a Convenzione CONSIP S.p.A. né mediante ricorso al Mercato Elettronico per la Pubblica Amministrazione (MePA).

Pertanto, all'esito della procedura di gara indetta dall'A.S.P. di Ragusa, l'appalto della fornitura in somministrazione di Gas medicinali A.I.C., di gas ad uso umano, di gas tecnici e di laboratorio e di dispositivi medici è stato aggiudicato con delibera n. 2346 del 13.10.2016 all'R.T.I. costituito da Air Liquide Sanità Service S.p.A. e Mediter Srl per un importo complessivo, nel biennio, di €1.394.458,944 IVA esclusa.

A seguito dell'aggiudicazione è stato stipulato il contratto per la fornitura in somministrazione dei gas di cui al bando di gara tra l'A.S.P. di Ragusa e MEDITER S.r.l. per la durata di anni due decorrenti dall'1.1.2017; il contratto allegato alla relazione ispettiva Rep n. 309 del 13.02.2017 appare poco leggibile nella parte in cui è stato sottoscritto dalle parti ma sembrerebbe essere stato sottoscritto in data 5 aprile 2017, dunque successivamente rispetto all'effettiva decorrenza degli effetti dello stesso.

Proroghe del contratto in scadenza il 31 dicembre 2018 fino al 31 dicembre 2021.

Con nota n. 20945 del 2 ottobre 2018, in prossimità della scadenza del contratto di fornitura - prevista per il 31.12.2018 - l'A.S.P. di Ragusa ha chiesto alla C.U.C. della Regione Siciliana di Palermo di essere autorizzata ad esperire una gara autonoma per l'approvvigionamento delle forniture mediche necessarie, nelle more dell'espletamento della nuova gara di bacino a cura dell'A.S.P. di Catania cui aveva già aderito l'A.S.P. di Ragusa.

Il 27.11.2018 la Centrale Unica di Committenza ha riscontrato positivamente tale richiesta, autorizzando l'A.S.P. di Ragusa a procedere autonomamente ai fini dell'approvvigionamento dei gas medicali e ricordando che già con nota prot. 7225 del 13.2.2018 era stato comunicato all'ASP Catania che l'appalto per la fornitura di gas medicali non era in programmazione presso la medesima CUC.

Pertanto, con **delibera n. 1112 del 30.04.2019** l'Azienda Sanitaria Provinciale di Ragusa ha deliberato di *"avvalersi, nelle more della definizione della procedura di gara di Bacino Sicilia Orientale, al fine di garantire la regolarità e la continuità delle prestazioni sanitarie, della facoltà di differire il termine di scadenza del contratto in essere"* fino al 31.12.2019.

Successivamente, però, l'A.S.P. di Ragusa con **delibera n. 798 del 13.03.2020** ha disposto una nuova estensione della durata contrattuale con l'R.T.I. (Air Liquide Sanità Service S.p.A. e Mediter Srl) per un ulteriore anno, sino al 31.12.2020 in virtù della mancata conclusione della gara di bacino per la Sicilia Orientale.

In siffatto contesto, dopo due estensioni contrattuali operate dall'ASP Ragusa, interviene il Coordinamento di Bacino Sicilia Orientale con nota n. 41108 del 2.04.2020 e con Verbale del 19.06.2020; con tali provvedimenti veniva comunicata a tutte le Aziende Sanitarie ricadenti

nell'ambito del Bacino suddetto la possibilità, in linea generale, tenuto anche conto della particolare congiuntura, di riaffidare le gare in scadenza nel 2020 ai vecchi assegnatari e di prevedere la continuità delle gare ancora in atto e non oggetto di nuova aggiudicazione.

Per quanto concerne specificatamente la gara di "Fornitura di gas medicali con gestione e manutenzione impianti centrali", il Coordinamento di Bacino stabiliva che la capofila ASP di Catania bandisse la nuova gara entro il 21.12.2020.

L'ASP di Ragusa con **delibera n. 618 del 26.3.2021** ha conseguentemente deliberato il mantenimento dell'utilizzo dei contratti in essere per l'anno 2021 al fine di garantire l'attività sanitaria di routine dei PP.OO. dell'ASP di Ragusa tra i quali rientra la "fornitura e manutenzione gas medicali", stabilendo una clausola di salvaguardia volta ad interrompere gli effetti del contratto a far data dall'effettiva aggiudicazione da parte della CUC e/o in ambito di Bacino.

Occorre infine evidenziare che secondo quanto riferito nella Relazione della Guardia di Finanza, *"presso la Centrale Unica di Committenza della Regione Siciliana è in corso di programmazione ed organizzazione la gara centralizzata per l'ossigenoterapia e la ventiloterapia domiciliare ed ospedaliera"*.

Con la comunicazione di avvio del procedimento di cui al prot. ANAC n. 101685 del 5.12.2022, l'Autorità ha dunque chiesto chiarimenti all'ASP Ragusa in merito alle proroghe relative alle annualità 2020 e 2021 oltreché notizie in merito al periodo intercorrente tra l'1.1.2022 ed il 31.12.2022.

Con le note acquisite ai protocolli ANAC nn. 107094 e 107287 rispettivamente del 20.12.2022 e del 21.12.2022, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Ragusa ha inoltrato le proprie controdeduzioni ed ha informato l'Autorità in merito alla circostanza che il contratto con il R.T.I. composto da Air Liquide Service S.p.A. e Mediter S.r.l. è stato rinnovato **anche per l'intera annualità del 2022**.

Secondo quanto ricostruito dall'ASP Ragusa, infatti, anche a seguito della relazione conclusiva della Guardia di Finanza acquisita al prot. Anac n. 12275 del 18.02.2022, i soggetti aggregatori non sono riusciti ad ultimare alcuna procedura di gara; a ben osservare, infatti, anche per le annualità 2021 e 2022, le procedure di gara svolte hanno avuto il medesimo esito infausto.

Con delibera n. 179 del 10.02.2021, infatti, l'ASP di Catania aveva indetto una prima gara, fissando la scadenza per la presentazione delle offerte per il 06.05.2021; tuttavia, con nota prot. n. 172459 del 7.05.2021, l'ASP di Catania ha comunicato a tutte le aziende sanitarie/ospedaliere aderenti che, a seguito dei ricorsi presentati da alcune ditte, il TAR Sicilia, Catania, seconda sezione interna, nella seduta del 4.05.2021, con le sentenze nn. 1432/2021, 1443/2021, 1444/2021, 1446/2021, 1447/2021, 1448/2021 e 1449/2021, ha disposto l'annullamento degli atti di gara.

In seguito all'annullamento degli atti di gara ad opera del TAR Sicilia-Catania, *la procedura in questione ai sensi del DPCM dell'11.07.2018, veniva assorbita ed indetta con D.D. n. 89 del 5.08.2022, dalla Centrale di Committenza per la Regione Sicilia*.

La data di scadenza delle offerte di quest'ultima procedura, *in un primo momento fissata per il 4.10.2022 è stata più volte differita e per ultimo è stata fissata per il 16.12.2022*; ciò ha condotto l'ASP Ragusa ad estendere nuovamente il contratto con l'R.T.I. composto da Air Liquide Service S.p.A. e Mediter S.r.l. in attesa dell'aggiudicazione della gara.

Tuttavia, anche la procedura indetta dalla CUC per la Regione Sicilia è stata annullata dal Giudice Amministrativo come chiarito *con il comunicato del 06/12/2022 della Centrale unica di Committenza pubblicato nel portale delle gare; con questo atto è stato fatto presente che: "in esecuzione della pronuncia del T.A.R. sez. III, Palermo, n.3351/2022, con la quale il ricorso proposto dalla società Nippon Gases (n.r. 1489/2022) è stato accolto limitatamente al motivo n. 3 (cioè limitatamente alla mancata indicazione dei costi del personale), sarà adottato il provvedimento di annullamento degli atti di gara. Il provvedimento sarà pubblicato nella sezione della procedura "de qua".*

Sulla base di quanto sopra l'ASP Ragusa ha comunicato alla CUC, con nota prot. n. 0042274 del 06/12/2022, l'avvio di una procedura di gara autonoma, con riserva di procedere alla revoca della stessa nel caso di mancata autorizzazione da parte della Centrale Unica di committenza.

Successivamente, con *deliberazione n.2720 del 20/12/2022 l'ASP di Ragusa ha indetto procedura di gara, ai sensi dell'art. 60, comma 3, e dell'art. 133, comma 8, del d.lgs. 50/2016 e s.m.i., per la scelta del privato contraente per la stipula dei contratti di fornitura in somministrazione di "Gas medicinali A.I.C, dei gas FU e DM, dei gas tecnici e di laboratorio, comprensiva dei servizi di manutenzione degli impianti di distribuzione e servizi annessi presso i PP.OO. dell'A.S.P. di Ragusa", per la durata di 2 (due) anni, con eventuale opzione di proroga per un ulteriore anno", la cui definizione in fase di aggiudicazione è subordinata, comunque, all'autorizzazione da parte della CUC, rientrando la suddetta tipologia compresa nelle categorie merceologiche, individuate dal D.P.C.M. del 24 Dicembre 2015, così come modificato ed integrato dal D.P.C.M. del 11 luglio 2018, di esclusiva acquisizione da parte della Centrale di Committenza per l'acquisto di beni e servizi (CUC).*

Con nota acquisita al prot. ANAC n. 107235 del 21.12.2022, anche il Dirigente Responsabile dell'Ufficio speciale "Centrale Unica di Committenza per l'Acquisizione di Beni e Servizi" ha riscontrato la nota ANAC del 5.12.2022, informando l'Autorità delle notevoli difficoltà nella redazione degli atti di gara e confermando che la procedura relativa all'ossigenoterapia ospedaliera è stata, di recente, annullata con D.D. n. 141 del 07 dicembre 2022, per effetto della sentenza n.3351/2022 emessa dal T.A.R. di Palermo, Sezione III^a, di tal che il predetto referente tecnico sta predisponendo i nuovi atti di gara da proporre per la necessaria re-indizione.

Ritenuto in Diritto

Come evidenziato nelle premesse fattuali, il contratto di appalto sottoscritto tra la A.S.P. di Ragusa e l'RTI composto da Air Liquide Sanità Service S.p.A. (capogruppo/mandataria) e Mediter Srl (mandante) il 13 ottobre 2016, con scadenza al 31 dicembre 2018, è stato oggetto di una serie di proroghe, in virtù delle quali l'affidamento del servizio alla Air Liquide si è protratto fino al 31 dicembre 2022, dunque per quattro anni dopo la fisiologica scadenza del contratto di appalto.

Il Contratto stipulato dal Direttore Generale dell'ASP di Ragusa con l'Associazione Temporanea di Imprese (costituito da Air Liquide Service S.p.A. e la Mediter Srl) prevedeva una **durata biennale** con decorrenza dall'1.1.2017.

Nella pattuizione contrattuale si prevedeva altresì la facoltà per l'ASP di "*differire il termine della scadenza, con preavviso di 15 giorni agli stessi prezzi patti e condizioni, per un periodo non superiore ad un anno*" in linea con quanto stabilito dall'art. 4 del disciplinare/capitolato speciale. Occorre dunque sottolineare che il disciplinare/capitolato speciale forniva la possibilità di un rinnovo "*non superiore ad un anno*" e, pertanto, il contratto sopracitato poteva al più coprire l'intervallo temporale relativo ad un triennio a partire dall'1.01.2017.

Devesi ulteriormente premettere che, la fornitura di gas medicali rientra nelle categorie merceologiche individuate dal DPCM 11 luglio 2018 in attuazione dell'art. 9 comma 3 del decreto legge 24 aprile 2014 n. 66.

A tal riguardo occorre rammentare che il Ministero dell'Economia e Finanze ed il Ministero della Salute hanno fornito indicazioni agli Enti del Servizio Sanitario Nazionale per l'attuazione della norma sull'acquisizione di beni e servizi nel settore della sanità (nota del 19 febbraio 2016 prot. 20518/2016).

In quella sede è stato chiarito che, per le categorie merceologiche per cui vi è l'obbligo di approvvigionamento tramite Soggetto Aggregatore o Consip (tra cui rientra l'ossigenoterapia), l'ente del Servizio Sanitario Nazionale verifica in primo luogo la presenza di iniziative attive (ad esempio convenzioni) alle quali aderire presso il Soggetto Aggregatore di riferimento o presso Consip.

In assenza di iniziative attive, se il Soggetto Aggregatore di riferimento ha in programma un'iniziativa che tuttavia è in fase di avvio e comunque non è ancora perfezionata, è possibile ricorrere a varie fattispecie:

a) stipula di un "contratto ponte" ai sensi dell'art. 57 comma 2, lett. c) del d.lgs. 163/2006 (procedura negoziata senza pubblicazione di bando) per lo stretto tempo necessario all'avvenuta attivazione del contratto da parte del Soggetto Aggregatore di riferimento o Consip, eventualmente inserendo clausola di autotutela che consenta di risolvere il contratto anticipatamente;

b) stipula di un "contratto ponte", nel caso in cui il contratto in scadenza lo avesse previsto, ai sensi dell'art. 57 comma 5 lett. b) del d.lgs. 163/2006 per la ripetizione di servizi analoghi, per lo stretto tempo necessario all'avvenuta attivazione del contratto da parte del Soggetto Aggregatore di riferimento o Consip, eventualmente inserendo clausola di autotutela che consenta di risolvere il contratto anticipatamente;

c) proroga del contratto, nel caso in cui vi sia espressa previsione nel bando di gara iniziale (con procedura aperta o ristretta) e nei termini in esso disciplinati, e comunque non oltre la data di attivazione del contratto da parte del Soggetto Aggregatore di riferimento o di Consip.

Vi è quindi un margine di discrezionalità in capo agli enti del Servizio Sanitario Nazionale per individuare la modalità di approvvigionamento del servizio di loro diretta pertinenza, nelle more del perfezionamento delle procedure di gara da parte dei Soggetti Aggregatori.

Nel caso di specie, mentre la prima estensione contrattuale sino al 31.12.2019 può rientrare nell'alveo della lettera c) soprarichiamata, poiché già prevista nel disciplinare di gara e nel contratto stipulato con l'RTI aggiudicatario, le due proroghe succedutesi con la delibera n. 798 del 13.03.2020 e con la delibera n. 618 del 26.3.2021 **non possono giustificarsi** alla luce

dell'originario contratto scaturito dalla procedura ad evidenza pubblica; pertanto, non si comprendono i presupposti giuridici che hanno condotto l'ASP Ragusa alla stipula di due ulteriori contratti nel mancato rispetto della norme di legge.

Analoghe considerazioni possono essere estese anche alla proroga relativa all'annualità del 2022 che, per stessa ammissione dell'ASP Ragusa, è stata gestita mediante un **terzo prolungamento contrattuale** in totale distonia con quanto previsto dal d.lgs. n. 50 del 2016.

Alla luce delle considerazioni svolte, le tre estensioni contrattuali con cui l'ASP Ragusa ha disposto la proroga dell'affidamento all'Associazione Temporanea di Imprese (costituito da Air Liquide Service S.p.A. e la Mediter Srl), risultano non coerenti e **non adeguatamente motivate** in punto di diritto.

Con la nota di riscontro acquisita al prot. ANAC n. 107287 del 21.12.2022, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Ragusa ha rappresentato che la problematica sottesa al procedimento di vigilanza *" non può essere affrontata esclusivamente in punto di diritto, perché se così fosse significherebbe decontestualizzarla rispetto alla gravità del periodo storico in cui tale proroga è avvenuta ossia nel pieno della Emergenza da Covid-19, momento in cui, in fase di avvio della pandemia, non risultavano noti strumenti in grado di contrastare la malattia (la cui maggiore complicità era la insufficienza respiratoria), se non unicamente l'Ossigenoterapia"*.

Pertanto, secondo la ricostruzione operata dalla S.A., le motivazioni della scelta di prorogare i contratti in essere andrebbero rinvenute in quattro distinti punti relativi a motivazioni terapeutiche, gestionali, logistiche e di mercato, tutte correlate all'emergenza pandemica.

A ben guardare però, l'estensione contrattuale operata per l'anno 2019 dall'ASP Ragusa ha ricoperto il periodo di tempo tra l'1.1.2019 ed il 31.12.2019; alla scadenza del prolungamento contrattuale, ben prima che esplodesse l'emergenza pandemica, l'ASP Ragusa non aveva preventivamente programmato la fornitura per l'approvvigionamento dei gas medicali.

Le motivazioni addotte dalla Stazione appaltante, principalmente correlate alle condizioni emergenziali non possono in alcun modo giustificare i ritardi nella programmazione relativa all'acquisizione di forniture cruciali per la salute umana; appare infatti evidente che, una preventiva e più efficiente programmazione dell'attività negoziale, avrebbe evitato che l'ASP Ragusa si trovasse, in piena pandemia, sprovvista di un contraente individuato mediante gara ad evidenza pubblica.

L'emergenza pandemica, dunque, ha soltanto aggravato una situazione già di per sé critica perché alla data del 31.12.2019 non era stato individuato un nuovo fornitore né era stata avviata una nuova procedura di gara.

Relativamente alle proroghe definite come "tecniche" occorre, altresì, ribadire che nel nostro ordinamento vige il divieto di proroga e di rinnovo dei contratti pubblici, sancito dall'art. 23 della legge 18 aprile 2005 n. 62.

La proroga ed il rinnovo si traducono infatti in una fattispecie di affidamento senza gara, con violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento, enunciati dall'art. 2 comma 1 del d.lgs. 163/2006, oggi art. 30 comma 1 del d.lgs. 50/2016 (Delibera Anac n. 304 del 1.4.2020).

Questa Autorità e la giurisprudenza amministrativa hanno evidenziato come in materia di proroga dei contratti pubblici di appalto (come per il rinnovo) non vi sia alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4192).

A fronte del principio generale del divieto di proroga dei contratti pubblici, vi è la residuale facoltà, da parte della stazione appaltante, di ricorrere all'opzione di proroga cd. tecnica, ovvero quella diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento di una nuova procedura di gara.

Ad oggi la proroga cd. tecnica è codificata dall'art. 106 comma 11 del d.lgs. 50/2016; tuttavia, anche prima dell'entrata in vigore di tale disposizione, cioè nella vigenza del d.lgs. 163/2006 che disciplina la fattispecie in esame, sia l'Autorità che la giurisprudenza ne hanno individuato i limiti di applicabilità.

L'Autorità ha messo in luce come la proroga tecnica abbia carattere eccezionale e di temporaneità, essendo uno strumento volto esclusivamente ad assicurare una data prestazione in favore della pubblica amministrazione, nel passaggio da un regime contrattuale ad un altro.

L'Autorità ha quindi individuato alcune ristrettissime ipotesi nelle quali la proroga può ritenersi ammessa, in ragione del principio di continuità dell'azione amministrativa, restringendo però tale possibilità a casi limitati ed eccezionali nei quali, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento, con le ordinarie procedure, di un nuovo contraente.

Nel caso in esame, dunque, occorre sottolineare che a fronte della rilevata carenza di programmazione da parte della CUC della Regione Sicilia e delle non ben chiarite problematiche dell'ASP Catania (individuata come capofila dal Comitato di Bacino Sicilia Orientale), l'ASP Ragusa avrebbe potuto operare diversamente, nel rispetto delle prescrizioni normative di riferimento.

Solo in data 06.12.2022 con prot. n. 0042274, l'ASP Ragusa *"in considerazione dell'imminente scadenza del mantenimento nelle more disposto (31/12/2022) con il R.T.I.: Air Liquide Service S.p.A. e Mediter S.r.l. ed essendo consapevole dei tempi tecnici necessari alla definizione della gara centralizzata"* afferma di star *"avviando procedura di gara autonoma, con riserva di procedere alla revoca della stessa nel caso di mancata autorizzazione da parte della centrale di committenza"*.

Orbene, solo successivamente alla comunicazione di avvio del procedimento di cui al prot. ANAC n. 101685 del 5.12.2022, l'ASP Ragusa si è attivata al fine di evitare che il contratto si protraesse per il settimo anno di fila a fronte di un affidamento che poteva al più coprire il triennio 2017-2019.

Pertanto, pur avendo preso atto delle gravi criticità organizzative della CUC della Regione Sicilia e dell'ASP Catania quale soggetto aggregatore di Bacino, l'operato della Stazione appaltante risulta in contrasto con l'art. 23 della legge 18 aprile 2005 n. 62., con l'art. 2 comma 1 del d.lgs. 163/2006, (oggi art. 30 comma 1 del d.lgs. 50/2016), con l'art. art. 106 comma 11 del d.lgs. 50/2016 e, soprattutto, con l'art. 21 del Codice dei Contratti.

A tal riguardo è opportuno ribadire che una corretta e tempestiva programmazione avrebbe permesso all'ASP Ragusa, nel tempo, di allinearsi alla disciplina del d.lgs. n. 50 del 2016; la programmazione, infatti, è espressione dei più generali principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, in quanto rappresenta un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, per la valutazione delle strategie di approvvigionamento e per l'ottimizzazione delle risorse, nel pieno controllo di tutte le fasi gestionali di un appalto.

Possibilità di acquisizione del servizio tramite gara Centralizzata

L'ASP Ragusa ha fornito documenti e informazioni anche in merito alla possibilità o meno di acquisire i servizi e le forniture di che trattasi tramite adesione a convenzioni o accordi quadro stipulate dal Soggetto Aggregatore della Regione Sicilia.

Come detto, gli obblighi di centralizzazione degli acquisti da parte degli enti del Servizio Sanitario Nazionale discendono innanzitutto dall'art. 1 comma 449 della legge n. 296/2006, il cui ultimo periodo stabilisce che gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti «*ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip S.p.A.*».

Per quanto qui di interesse, nel quadro delle disposizioni di contenimento della spesa destinate agli enti del S.S.N., l'art. 9 comma 3 del D.L. n. 66/2014 rimette a successivi decreti attuativi l'individuazione delle categorie merceologiche di beni e di servizi e le soglie al superamento delle quali gli Enti del S.S.N. devono avvalersi in via esclusiva, delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero della Consip S.p.A. e laddove le centrali di committenza non siano disponibili o non siano operative, gli enti del Servizio Sanitario Nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi attraverso le centrali di committenza iscritte nell'elenco dei Soggetti Aggregatori (di cui all'articolo 9, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014 n. 89).

I decreti attuativi con l'indicazione delle categorie merceologiche che vengono in rilievo nel caso di specie sono il DPCM del 24.12.2015 (che indica le categorie "Farmaci" e "Manutenzione immobili e impianti") e, soprattutto, il DPCM dell'11.07.2018 dove è stata inserita la categoria specifica dedicata all'"ossigenoterapia".

Rispetto alle categorie merceologiche indicate dal DPCM del 2018, l'**obbligo** per i Soggetti Aggregatori regionali di provvedere alla definizione di procedure di appalto centralizzate è dunque **previsto ex lege** ed a prescindere da eventuali indicazioni di tipo programmatico che possono fornire le Regioni.

Dall'esame istruttorio dei documenti in atti si è potuto constatare che sia l'ASP Catania – come capofila del Comitato di Bacino – che la CUC Regione Sicilia siano state carenti dal punto di vista della programmazione ed organizzazione delle gare relative all'ossigenoterapia.

Le inefficienze ed i ritardi della fase programmatica hanno dilatato eccessivamente le tempistiche, determinando il ricorso alle reiterate proroghe dei contratti scaduti, in contrasto con

il principio di tempestività, enunciato dall'art. 2 del d.lgs. 163/2006 (e successivamente dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016); quest'ultimo implica, nell'ambito della contrattualistica pubblica, la massima celerità temporale nella conclusione delle procedure di affidamento dei contratti di appalto e costituisce corollario del principio di buon andamento della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 della Costituzione.

In base alle risultanze istruttorie, nella fattispecie si è potuto pertanto rilevare che, la fornitura in somministrazione di "*Gas medicinali A.I.C., Gas ad uso umano, Gas tecnici e di laboratorio, comprensiva dei servizi di manutenzione degli impianti di distribuzione, messa a disposizione di centrali di produzione aria medicinale e servizi annessi*" **non era concretamente reperibile dall'ASP Ragusa** attraverso l'adesione ad accordi quadro o contratti stipulati dall'ASP Catania o dalla CUC della Regione Sicilia.

A ben osservare, infatti, già dalla delibera n. 2062 dell'ormai lontano 13.10.2015 emerge come l'ASP Ragusa si sia determinata nel senso di procedere in via autonoma per l'affidamento dell'appalto di forniture relativo ai gas medicali in virtù del mancato perfezionamento della gara centralizzata ad opera dell'A.O.U. Policlinico di Catania.

Posto quanto fin qui evidenziato, la mancata predisposizione e conclusione in tempi ragionevoli delle procedure di gara appare imputabile principalmente alle inefficienze ed alle carenze organizzative dei soggetti deputati a svolgere le procedure centralizzate nella Regione Sicilia.

Come evidenziato nella nota della Centrale Unica di Committenza della Regione Sicilia acquisita al prot. ANAC n. 107235 del 21.12.2022, ancora nel corso del 2020, venivano riscontrate difficoltà ***nella individuazione di una professionalità in grado di redigere gli atti di gara.***

Dopo l'avvicendamento di vari funzionari individuati tra le fila degli Enti del S.S.R. (ASP Enna, ASP Catania e Istituto F. Giglio di Cefalù), e dopo un travagliato iter che ha finalmente condotto alla pubblicazione della gara, la procedura relativa all'"ossigenoterapia ospedaliera" – indetta dalla Centrale Unica di Committenza della Regione Sicilia - è stata caducata dal TAR sez. III, Palermo con sentenza n. 3351/2022 in virtù della circostanza che nei documenti di gara mancava ***l'indicazione dei costi del personale.***

Dalle vicende descritte emerge con chiara evidenza che le carenze organizzative e di programmazione della CUC Regionale, hanno determinato conseguenze pregiudizievoli in capo alle singole Aziende sanitarie; nel caso di specie, infatti, né le gare centralizzate svolte dal Comitato di Bacino, né quelle svolte dalla CUC Regionale, sono state in grado di individuare un contraente idoneo per la fornitura di gas medicali.

Come già chiarito nelle premesse fattuali, infatti, ben tre procedure relative alla fornitura di gas medicinali sono state caducate dal giudice amministrativo in virtù di gravi carenze nella predisposizione dei documenti di gara; a tal proposito, infatti, con deliberazione n. 2720 del 20.12.2022, l'ASP Ragusa si è trovata costretta ad indire una nuova procedura di gara – ai sensi degli artt. 60 co. 3 e 133 co. 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 – in virtù dell'ennesimo slittamento delle tempistiche necessarie a finalizzare la procedura centralizzata.

Alla luce dei rilievi istruttori effettuati appare dunque evidente che la gestione delle procedure di gara relative alla fornitura in somministrazione di "*Gas medicinali A.I.C., Gas ad uso umano, Gas tecnici e di laboratorio, comprensiva dei servizi di manutenzione degli impianti di distribuzione,*

messa a disposizione di centrali di produzione aria medicinale e servizi annessi” non risulta in linea con gli artt. 21 e 23 del Codice dei Contratti oltreché con i principi di efficacia e tempestività di cui all’art. del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché con il principio di buon andamento di cui all’art. 97 della Costituzione.

Tenuto conto di tutto quanto sopra rilevato e considerato, nonché del quadro normativo di riferimento, con la presente si comunica che il Consiglio dell’Autorità nell’adunanza del 9.05.2023, ha disposto la conclusione del procedimento in forma semplificata ai sensi dell’art. 21 commi 1 e 3 del Regolamento sull’esercizio di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4 luglio 2018, con invito nei riguardi dell’ASP Ragusa a voler tener conto, d’ora in avanti, nell’espletamento delle procedure di gara inerenti la fornitura di gas medicali, di quanto specificatamente dedotto e rilevato nella presente nota in vista di un più adeguato e puntuale rispetto della normativa di settore e dei principi di cui agli artt. 21 23 e 30 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente