REGIONE SICILIANA

Azienda Ospedaliera

di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione

GARIBALDI

Catania

VERBALE DI DELIBERAZIONE DEL DIRETTORE GENERALE n 638

Oggetto: Gara a procedura aperta per l'affidamento del Servizio di gestione globale delle coperture con TNT monouso sterile degli interventi chirurgici praticati dalle Aziende ospedaliere del Bacino della Sicilia orientale. **ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA**

SETTORE :

Bilancio
Sub aggregato di spesa

C.E.

Reg.to al n.

Si attesta che la disponibilità del fondo del sopra riportato sub-aggregato è sufficiente a coprire la spesa prevista dal presente atto.

Per l'Ufficio Riscontro.....

Il Responsabile del Settore .....

SETTORE ECONOMICO FINANZIARIO
Visto:
Si conferma la suindicata disponibilità rilevata dal Settore e si iscrive nelle pertinenti utilizzazioni del budget

Li .....

L' addetto alla verifica della compatibilità economica

Lista di liquidazione n°

Il Dirigente Responsabile del Settore Economico Finanziario e Patrimoniale (Dott. Gianluca Roccella)

Settore Provveditorato

Il Responsabile dell'istruttoria

Il Responsabile del procedimento
Il Capo Settore Provveditorato f.f.
D.ssa Ersilia Riggi

Seduta del giorno 15 OTT. 2015

Nei locali della sede legale dell'Azienda
Piazza S.M. di Gesù, 5 Catania

IL DIRETTORE GENERALE
Dott. Giorgio Giulio Santonocito

Nominato con Decreto del Presidente della Regione Siciliana N°205/serv.1/S.G. del 24 giugno 2014, giusta art.33, comma 2, L.R. N° 5 del 14 aprile 2009

Con la presenza del:

Direttore Amministrativo
Dott. Giovanni Annino

e del

Direttore Sanitario
Dott.ssa Anna Rita Mattaliano

Con l'assistenza, quale Segretario

Del Sig. Salvatore Ledda

ha adottato la seguente deliberazione

Premesso:

- la delibera n. 2760 del 21/10/2013 con la quale questa Amministrazione , in qualità di capofila, ha indetto, ai sensi del D.Lgs n.163/2006, una procedura aperta finalizzata alla realizzazione di un accordo quadro per l'affidamento del Servizio di gestione globale delle coperture con TNT monouso sterile degli interventi chirurgici praticati dalle Aziende ospedaliere del Bacino della Sicilia orientale da aggiudicarsi secondo il criterio previsto dall'art. 83 del D.lgs. 163/06 e smi e , cioè, in favore della ditta risultata avere presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa

- il verbale della seduta pubblica di ammissione preliminare del 22 gennaio 2014. redatto dall'Ufficiale Rogante Notaio dott. Francesco Attaguile e registrato a Catania al rep. n. 31525 - raccolta n. 11816 - dal quale risulta , tra l'altro, che le offerte economiche delle ditte concorrenti sono state consegnate all'Ufficiale rogante e che in quella sede sono state ammesse alla successiva fase di valutazione tecnica le ditte 1.MÖLNLYCKE HEALTH CARE SRL.; 2. LOHMANN & RAUSCHER SRL ; 3. PAUL HARTMANN SPA ; 5. HOSPITAL SERVICE srl ; 7. 3M ITALIA ; 8. BETATEX spa ; 10. ATI MEDIBERG – CODISAN ammesse con riserva le ditte: 4. MEDLINE INTERNATIONAL ITALY SRL; 6. . ATI SERVIZI ITALIA SPA e SERVIZI ITALIA MEDICAL SPA; 9. ESAFARMA SRL

- il verbale di deliberazione n. 776 del 27/03/2014 con il quale quest' ARNAS formalizzava la nomina della Commissione aggiudicatrice delegata all'attribuzione del punteggio previsto

- il verbale di deliberazione n. 281 del 13/10/2014, con il quale, al fine di adempiere a quanto prescritto nella circolare 6 – 2014 (già circolare 1-2014) titolata << *Commissione aggiudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per appalti di servizi o forniture , o di lavori per importi inferiori a 1.250 migliaia di euro – Chiarimenti*>> dall' Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità - Dipartimento Regionale Tecnico, quest'Azienda ha disposto la revoca della nomina della intera Commissione di cui al verbale di deliberazione n. 776/2014 e di riavviare le procedure per la nomina di una nuova Commissione Aggiudicatrice

- Il verbale di deliberazione del Direttore Generale n. 93 del 11.02.2015 , con il quale quest'ARNAS individuava la Commissione Giudicatrice

Visto il verbale della seduta del 25 febbraio c.a. di detta Commissione, dal quale risulta che i membri sorteggiati dall' UREGA di Catania l'11/03/2014 e il 06/02/2015 hanno rilevato come gli stessi avrebbero dovuto partecipare anche alla seduta espletata in data 22/01/2014 , ritenendo tale questione come pregiudizievole alla regolare prosecuzione dei lavori; ciò nonostante che il RUP pro tempore avesse comunicato come tutte le imprese fossero state legittimamente ammesse al prosieguo della procedura di gara;

Considerato che l'art. 13 del disciplinare di gara - adottato con deliberazione n. 2760 del 21/10/2013 – prevedeva espressamente come : <<*La documentazione tecnica verrà aperta in seduta di ammissione preliminare e siglata anche solo nella prima pagina da almeno uno dei componenti il seggio per poi essere trasmessa alla Commissione Giudicatrice cui spetterà il compito di verificarne la sussistenza quali/quantitativa lotto per lotto, la validità ai fini della verifica di conformità , la completezza e la attinenza. In sede di Ammissione preliminare dunque si procederà esclusivamente alla verifica della conformità della documentazione amministrativa e solo ad un generico accertamento della sussistenza di documentazione tecnica contenuta nel plico n. 3 e della sussistenza del plico n. 2*>>;

Che con nota prot. 17041/DRT del 10/03/2015, l'Assessorato Infrastrutture e Mobilità – Dipartimento Regionale Tecnico – Servizio 10 – Sezione Centrale UREGA, su richiesta di parere avanzata dal RUP della procedura de quo con nota 141 del 02/03/2015, muovendo dai principi di economicità dell'azione amministrativa e di conservazione degli atti amministrativi ha evidenziato come la commissione di gara può utilmente procedere nella propria attività previa **doverosa valutazione della documentazione amministrativa** sanando così di fatto ogni eventuale e potenziale vizio suscettibile di inficiare l'esito dell'intera procedura di gara e ciò anche se modificata nella sua composizione iniziale;

Che con Verbale di deliberazione D.G. n. 234 del 24/04/2015 quest'ARNAS , nel prendere atto della nota prot. 17041/DRT del 10/03/2015 citata, ha conferito mandato alla Commissione aggiudicatrice nominata dall'UREGA per procedere, previa valutazione della documentazione amministrativa , alla ratifica o al rinnovo delle operazioni di gara provvedendo a compiere le attività già svolte nella seduta di ammissione preliminare del 22.01.2014 secondo le competenze conferite dalla legge regionale e statale riconoscendone la piena autonomia valutativa nei limiti di legge , regionale e statale e della lex specialis;

Visto il verbale della seduta del 28 maggio c.a. con il quale la Commissione aggiudicatrice ha sollevato le proprie perplessità riguardo le procedure adottate nella seduta del 22/01/2014 dal Rup in presenza del notaio e delle ditte concorrenti relativamente alla fase di controllo della documentazione amministrativa e della documentazione tecnica;

Visto il verbale della seduta del 01 luglio c.a. con il quale la Commissione, nel ritenere che siano presenti vizi suscettibili di inficiare l'intera procedura di gara , ha chiesto, per il tramite del Presidente, alla Stazione appaltante di inoltrare istanza di parere all'ANAC e all'Assessorato Infrastrutture e mobilità – dipartimento regionale tecnico - <<*circa la regolarità delle operazioni di gara fin qui adottate restando in attesa di tali autorevoli pareri*>> da sottoscrivere a cura del Rappresentante Legale della medesima;

Che con mail acquisita al Prot. Settore Provveditorato n. 1521 del 07/07/2015, la Commissione di esperti, nella persona del suo Presidente, ha fatto pervenire la Richiesta e *MODULO PER LA PRESENTAZIONE DI ISTANZA DI PARERE PER LA SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE* ex art. 6, comma 7, lettera N) del dlgs n. 163/2006 precompilato ;

Considerato che con delibera del Direttore Generale n. 001202 del 19/08/2015 l'ARNAS Civico Di Cristina Benefratelli di Palermo, sulla scorta di un parere reso dall'avv. L. Rubino per una fattispecie analoga alla problematica indicata nei verbali 28/05/2015 e 01/07/2015 citati ed in base al quale sarebbe <<*contra legem la parte del disciplinare di gara in cui si assegna al seggio di gara la competenza ad espletare le operazioni relative all'ammissione amministrativa ed alla commissione tecnica giudicatrice la competenza della valutazione tecnica*>>, ha annullato in autotutela la delibera di indizione di una procedura aperta su invito dell''UREGA sull'assunto che la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto occuparsi dell'intera procedura , ivi compresa la fase di ammissione amministrativa;

Che nello stesso parere il legale affermava come detta circostanza <<.."*potrebbe dare adito ad azioni giurisdizionali di annullamento della futura aggiudicazione e alle conseguenti pretese risarcitorie rivenienti da un eventuale annullamento in sede giurisdizionale degli atti di gara per illegittima composizione e formazione della commissione di gara...*" e pertanto "*... poiché in siffatto segmento procedimentale in cui la gara si trova al momento del sopraggiungere delle criticità sopra evidenziate .... non è individuabile alcun soggetto titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata rispetto ad altri concorrenti e tale pertanto da costituire fonte di legittimazione di una pretesa risarcitoria nei confronti della Stazione appaltante per l'ipotesi di annullamento della gara. Anzi com'è noto la più autorevole giurisprudenza amministrativa non riconosce alcuna legittimazione alla pretesa risarcitoria per responsabilità precontrattuale neanche in capo al soggetto aggiudicatario in via provvisoria della gara*" viceversa: "*... ove non si procedesse a rimuovere il vizio inficiante la procedura in questione codesta azienda in esito alla aggiudicazione definitiva rimarrebbe comunque esposta ad una impugnazione degli atti di gara e soprattutto del disciplinare, rischiando l'annullamento giurisdizionale della gara ... con concreto rischio di subire l'azione risarcitoria che a questo punto l'aggiudicatario dell'incanto in via definitiva sarebbe legittimato a proporre...*">>;

Che pertanto l'annullamento in autotutela della superiore deliberazione dell'ARNAS Civico di Palermo, per fattispecie sostanzialmente sovrapponibile (dualismo delle commissioni di gara) a quella di quest'ARNAS, costituisce un precedente ed in quanto tale motivo per procedere in analogia;

Che occorre altresì considerare ulteriori, e non meno rilevanti, motivazioni legittimanti l'opportunità di annullare la delibera n. 2760 del 21/10/2013 di indizione della procedura aperta e relativi atti procedimentali posti in essere:

- la Stazione Appaltante, nella persona del suo Legale Rappresentante, con la proposizione dell'istanza di parere all'ANAC, richiesta espressamente dalla Commissione degli Esperti, verrebbe chiamata in causa in una fase antecedente all'approvazione degli atti di gara, ovvero , in una fase propria dell' Organismo

deputato a svolgere, in autonomia sebbene nel rispetto della lex specialis di gara, le operazioni di gara (sovrapposizione di ruoli);

- si tratterebbe comunque di utilizzare un modulo ANAC afferente a fattispecie diversa (per la soluzione di controversie – precontenzioso) da quella di che trattasi; ipotesi quest'ultima invece non prevista nel relativo regolamento;

- in ogni caso l'eventuale parere fornito dall'ANAC, ammesso che non venga rigettato per il motivo di cui sopra, sarebbe per sua stessa natura, non vincolante, giusto quanto previsto dall' art. 6, comma 7, lettera N) del dlgs n. 163/2006;

- la tempistica che il conseguimento del detto parere richiederebbe, ulteriore rispetto al tempo già abbondantemente trascorso, potrebbe rendere non più di interesse la partecipazione delle ditte concorrenti, che pur avendo già una volta per la maggiore confermato la validità delle proprie offerte, potrebbero invero avvalersi della facoltà di svincolo con pregiudizio per la procedura medesima;

- trattasi di gara ove i destinatari dei prodotti da acquisire sono le Aziende Sanitarie del Bacino della Sicilia Orientale, che con ogni probabilità, nelle more della definizione, provvedono ad approvvigionarsi mediante contratti in proroga o gare autonome aziendali di minor periodo contrattuale, per cui il protrarsi dei tempi di acquisizione potrebbe indurre le stesse a revocare la volontà di partecipazione in forma Consorziata;

Ritenuto di dover annullare in autotutela la delibera n. 2760 del 21/10/2013 con la quale questa Amministrazione ha indetto la procedura aperta per l'affidamento del Servizio di gestione globale delle coperture con TNT indicata in oggetto , il bando e il disciplinare di gara in ragione dell'impossibilità di assicurare la stabilità a detto accordo quadro per il periodo in cui quest'ultimo avrà vigenza e prevenire l'insorgere di domande risarcitorie connesse all'annullamento giurisdizionale degli atti della procedura concorsuale;

Trasmettere al Comitato di Bacino per la Sicilia Orientale e all'Assessorato Regionale alla salute la presente deliberazione

Su proposta del Capo Settore Provveditorato f.f. che attesta la regolarità sia formale che sostanziale del presente atto;

Sentito il parere del Direttore Sanitario e del Direttore Amministrativo

D E L I BE R A

Per i motivi in premessa citati che qui si intendono ripetuti e trascritti di **prendere atto :**

- del verbale della seduta del 28 maggio c.a. con il quale la Commissione aggiudicatrice solleva le proprie perplessità riguardo le procedure adottate nella seduta del 22/01/2014 dal Rup in presenza del notaio e delle ditte concorrenti relativamente alla fase di controllo della documentazione amministrativa e della documentazione tecnica.

- del verbale della seduta del 01 luglio c.a. con il quale la Commissione, nel ritenere che siano presenti vizi suscettibili di inficiare l'intera procedura di gara , chiede , per il tramite del Presidente, alla Stazione appaltante di inoltrare istanza di parere all'ANAC e all'Assessorato Infrastrutture e mobilità – dipartimento regionale tecnico - <<*circa la regolarità delle operazioni di gara fin qui adottate restando in attesa di tali autorevoli pareri*>> da sottoscrivere a cura del Rappresentante Legale della medesima.

- della delibera del Direttore Generale n. 001202 del 19/08/2015 l'ARNAS Civico Di Cristina Benefratelli di Palermo, sulla scorta di un parere reso dall'avv. L. Rubino per una fattispecie analoga alla problematica indicata nei verbali 28/05/2015 e 01/07/2015 citati ed in base al quale

sarebbe <<*contra legem la parte del disciplinare di gara in cui si assegna al seggio di gara la competenza ad espletare le operazioni relative all'ammissione amministrativa ed alla commissione tecnica giudicatrice la competenza della valutazione tecnica*>>, ha annullato in autotutela la delibera di indizione di una procedura aperta su invito dell''UREGA sull'assunto che la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto occuparsi dell'intera procedura , ivi compresa la fase di ammissione amministrativa

- che la delibera n. 001202/2015 citata costituisce, a tutti gli effetti, un precedente imprescindibile per questa ARNAS Garibaldi

Annullare in autotutela e per motivi di opportunità la deliberazione n. 2760 del 21/10/2013 con la quale questa Amministrazione , in qualità di capofila, ha indetto, ai sensi del D.Lgs n.163/2006, una procedura aperta finalizzata alla realizzazione di un accordo quadro per l'affidamento del Servizio di gestione globale delle coperture con TNT monouso sterile degli interventi chirurgici praticati dalle Aziende ospedaliere del Bacino della Sicilia Orientale;

Autorizzare il Settore Provveditorato a restituire le relative garanzie fideiussorie provvisorie presentate dalle 10 ditte per la partecipazione alla gara indetta con delibera n. 2760 del 21.10.2013 e scadute nell'Aprile del 2014.

Stabilire di trasmettere al Comitato di bacino per la Sicilia orientale e all'Assessorato regionale della salute la presente deliberazione.

Stante la necessità di non dover protrarre oltre la definizione di una procedura che coinvolge le Aziende sanitarie del bacino della Sicilia orientale, si ritiene di munire la presente della clausola di immediata esecuzione.

Il Direttore Generale
(Dott. Giorgio Giulio Santonocito)

Il Direttore Amministrativo
(Dott. Giovanni Annino)

Il Direttore Sanitario
(Dott.ssa Anna Rita Mattaliano)

Il Segretario
(Sig. Salvatore Ledda)