

**DETERMINA DEL DIRETTORE GENERALE
ASUR
N. 778/ASURDG DEL 18/10/2013**

Oggetto: APPALTO OSSIGENO TERAPEUTICO LIQUIDO E GASSOSO E ATTREZZATURE PER OSSIGENOTERAPIA E VENTILOTERAPIA ASUR MARCHE PER PAZIENTI IN CURA DOMICILIARE - PROCEDURA RISTRETTA DESERTA E DETERMINA A CONTRARRE PROCEDURA NEGOZIATA

**IL DIRETTORE GENERALE
ASUR**

- -

VISTO il documento istruttorio, riportato in calce alla presente determina, dal quale si rileva la necessità di provvedere a quanto in oggetto specificato;

RITENUTO, per i motivi riportati nel predetto documento istruttorio e che vengono condivisi, di adottare il presente atto;

ACQUISITI i pareri favorevoli del Direttore Sanitario e del Direttore amministrativo, ciascuno per quanto di rispettiva competenza;

- D E T E R M I N A -

1. di dichiarare e prendere atto dell'esito conclusivo di gara deserta della procedura ristretta (determine di riferimento n°958 ASUR DG 2010 e n°48 ASUR DG 2013) avente ad oggetto l'appalto quadriennale di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare in nome e per conto delle ex n°13 ZZTT ASUR, oggi Aree Vaste 1-5.;
2. di prendere atto altresì del ricorrere della fattispecie prevista dall'art. 57 comma 2 lett. a D. Lgv. 163/2006 per l'espletamento di una procedura negoziata di pari oggetto senza previa pubblicazione di bando, "(...) qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta (...)";
3. di adottare conseguentemente determina a contrarre della predetta procedura negoziata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 comma 2 D. Lgv. 163/2006, rinviando ad autonomo e separato atto l'adozione dei documenti di gara rispetto ai quali, conformemente alla previsione della succitata

norma, non saranno “(...) *modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto*”;

4. di affidare l'espletamento della predetta negoziazione al Direttore UOC Acquisti e Logistica AV4 Dott. Fulvio De Cicco, confermando l'incarico di RUP dell'appalto di che trattasi;
5. di dichiarare la coerenza e compatibilità economica della spesa presunta rinviando *per relationem* alle dichiarazioni ed attestazioni già acquisite con determina 48 ASUR DG 2013; rispetto alle quali l'oggetto di gara resta immutato, tenuto conto che la presente gara d'appalto si pone quale continuum logico, giuridico e procedurale;
6. di dare atto che la presente determina non è sottoposta a controllo ai sensi dell'art. 4 della Legge 412/91 e dell'art. 28 della L.R. 26/96 e s.m.i.;
7. di trasmettere il presente atto al Collegio Sindacale a norma dell'art. 17 della L.R. 26/96 e s.m.i.;
8. di dichiarare il presente atto immediatamente esecutivo, a norma dell'art.28, comma 6, della L.R. 26/96 e s.m., stante le ragioni di urgenza indicate nel documento istruttorio;
9. di dare atto ai fini della repertori azione nel Sistema Attiweb Salute che la presente determina rientra nella tipologia “altro”.

Ancona, sede legale ASUR

Il Direttore Sanitario
Dott. Giorgio Caraffa

Il Direttore Amministrativo
(Dott. Alberto Carelli)

IL DIRETTORE GENERALE

(Dott. Piero Ciccarelli)

La presente determina consta di n.12 pagine di cui n.5 pagine di allegati che formano parte integrante della stessa.

- DOCUMENTO ISTRUTTORIO -

(AV4 Fermo – UOC ACQUISTI E LOGISTICA)

Normativa di riferimento: D. Lgv 163/2006 (Codice degli appalti); DPR 207/2010 (Regolamento attuativo Codice Appalti); LR 13/2003 (Riorganizzazione del Servizio sanitario regionale); D.G.R.M. 1704/05 (Art.3, comma della L.R. 13/2003. Direttiva concernente le modalità di esercizio delle funzioni dell'Azienda Sanitaria Unica Regionale ASUR); Determina 785/05 DG ASUR (Decentramento delle funzioni amministrative prorogata con Atto 254/06) e s.m.i..L 241/1990 e s.m.i.

In data 17/06/2013 spirava il termine per la presentazione delle offerte nell'ambito della procedura ristretta (determine di riferimento n°58 ASUR DG 2010 e n°48 ASUR DG 2013) avente ad oggetto l'appalto quadriennale di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare in nome e per conto delle ex n°13 ZZTT ASUR, oggi Aree Vaste 1-5. Rilevato che nessuno dei n°9 concorrenti precedentemente qualificati presentava offerta, determinando in tal modo l'impossibilità di un'utile prosecuzione della procedura di gara, deve procedersi a dichiarare la stessa deserta.

Circa le ragioni che hanno determinato il succitato esito infruttuoso, si rinvia all'esposto presentato in data 10/07/2013 (prot. 15165|ASURAV4|FM PROV|P) all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di Roma e, per conoscenza, all'Osservatorio Contratti Pubblici Sezione Regionale Marche di Ancona. Si evidenziano in particolare le conclusioni del predetto esposto: "(...) *A fronte di una procedura di gara predisposta ed indetta quale risultato di un lungo e complesso lavoro progettuale da parte di un Comitato Tecnico appositamente e formalmente nominato e di un gruppo di n°9 operatori economici regolarmente qualificati (...) è d'obbligo al contrario ribadire la piena legittimità ed appropriatezza dello strumento della procedura ristretta di livello europeo regolarmente indetta, da considerarsi a tutti gli effetti procedura ordinaria e naturale di affidamento dei pubblici appalti. Le scelte inerenti il tipo di gara (procedura ristretta di livello europeo), la sua impostazione tecnica e la sua valorizzazione economica sono avvenute attraverso una minuziosa attività istruttoria, tutta documentata; e debitamente motivata per ciascuna fase formale. Lo scrivente, in qualità di RUP della procedura di gara di che trattasi, non ha ravvisato alcun elemento di tipo tecnico, giuridico, economico o di altra opportunità amministrativa rilevante, tale da giustificare la revoca della procedura di gara prima; e neppure comprendere le ragioni dell'esito deserto della stessa. Al contrario, dallo svolgimento della procedura, dalla condotta delle parti in causa e dal ruolo giocato da Assogastecnici, si è maturata*

la convinzione che uno svolgimento pienamente “libero” della procedura di gara, così come impostata ed avviata, fosse tale da rendere ingovernabile lo svolgimento della stessa ai leader di settore, coincidenti presumibilmente con i produttori di ossigeno italiani; e che pertanto l'esito deserto della gara sia oggettivamente funzionale tanto al mantenimento delle attuali forniture a prezzi, come detto, estremamente alti; quanto alla paralisi della gara d'appalto che consenta di condizionare la Stazione Appaltante “convincendola” ad adottare un altro sistema di affidamento dei contratti (Accordo Quadro), diverso dalla gara ad evidenza pubblica e tale da facilitare una ordinata spartizione del mercato marchigiano. Tale proposta, oltre a non adattarsi affatto per quanto sopra spiegato all'oggetto d'appalto, era e resta irricevibile (...); ancor di più a fronte delle aspettative di risparmio della gara d'appalto non inferiori al 30%. A ben vedere proprio le circostanze, che “minacciano” l'attuale posizione di forza dei principali operatori economici del settore, sembrerebbero giustificare una ostilità “strategica” allo strumento della gara d'appalto, a beneficio di quello dell'accordo quadro attraverso il quale sarebbe più agevole preservare tali posizioni. Si tratterebbe beninteso di legittime strategie commerciali le quali tuttavia, nel caso di specie, si sono espresse in una posizione invasiva ed intempestiva che sembrerebbe sfociata in un improvviso contemporaneo recesso di tutti i contendenti dall'intenzione, esplicitamente e lungamente manifestata nei mesi precedenti, alla partecipazione alla gara. (...).”

Tanto premesso, si ritiene necessaria, nonché doverosa al fine del perseguimento del pubblico interesse, l'indizione della procedura negoziata ai sensi e per gli effetti dell'art. 57 comma 2, lett. a) D. Lgv. 163/2006 “(...) qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta (...)”. Resta inteso che nella procedura negoziata, conformemente alla previsione della succitata norma, non saranno “(...) modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto”. A tal proposito si elencano di seguito gli elementi essenziali della procedura negoziata, rinviando l'adozione dei documenti di gara definitivi ad apposito e separato atto, all'esito di un supplemento istruttorio al momento in corso:

- a. Tipo di procedura: negoziata senza previa pubblicazione di bando ex art. 57 comma 2 lett. a) D. Lgv. 163/2006;
- b. Oggetto:
 - 1.1 fornitura ossigeno gassoso
 - 1.2 servizio ossigenoterapia domiciliare (ossigeno liquido)
 - 1.3 fornitura concentratori ossigeno

- 2.1 fornitura ventilatori pressometrici tipo CPAP
 - 2.2 fornitura ventilatori tipo BiLevel
 - 2.3 fornitura ventilatori presso-volumetrici
 - 2.4 fornitura apparecchi rimozione secrezioni
 - 3.1 fornitura aspiratori chirurgici alto vuoto
 - 3.2 fornitura aspiratori chirurgici basso vuoto
 - 4.1 fornitura pulsossimetri palmari
 - 4.2 fornitura pulsossimetri monitoraggio paziente
 - 5.1 servizio manutenzione dispositivi di proprietà
 - 5.2 fornitura tecnologie back-up
 - 5.3 servizio telemedicina di base
- c. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 81 D. Lgv. 163/2006;
- d. Suddivisione in n° lotti territoriali, corrispondenti alle n° Aree Vaste ASUR;
- e. Importo presunto annuo: € 10.780.215,00 + IVA
- f. Durata iniziale: quadriennale;

Con riferimento alla coerenza e compatibilità economica della spesa presunta, si rinvia alle dichiarazioni ed attestazioni già acquisite con determina 48 ASUR DG 2013; rispetto alle quali l'oggetto di gara resta immutato, tenuto conto che la presente gara d'appalto si pone quale continuum logico, giuridico e procedurale.

Sulla procedura ristretta sopra indicata risulta peraltro pendente un ricorso giurisdizionale proposto da Linde Medicale presso il TAR Marche. Osservato incidentalmente che il TAR Marche ha già respinto l'invocata tutela cautelare e che il Consiglio di Stato, adito a seguito dell'impugnazione dell'ordinanza n°00139/2013 REG.RIC. dello stesso TAR Marche, con ordinanza n°03471/2013 REG.RIC. ha ritenuto di accogliere l'invocato provvedimento cautelare ma limitatamente al fine di consentire all'ASUR Marche di fissare un nuovo termine per la presentazione delle offerte; tanto osservato, preme evidenziare che per l'eventuale deposito di nuovi documenti il termine ultimo è il 17 ottobre 2013 e per eventuali memorie il 22 ottobre 2013. In tale prospettiva, al fine di consentire al presente provvedimento di dispiegare eventuali effetti nel contenzioso, è indispensabile che venga adottato con urgenza e comunque entro il suddetto termine.

Per tutto quanto sopra esposto, si propone l'adozione del seguente schema di determina:

- di dichiarare e prendere atto dell'esito conclusivo di gara deserta della procedura ristretta (determine di riferimento n°58 ASUR DG 2010 e n°48 ASUR DG 2013) avente ad oggetto l'appalto quadriennale di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare in nome e per conto delle ex n°13 ZZTT ASUR, oggi Aree Vaste 1-5.;
- di prendere atto altresì del ricorrere della fattispecie prevista dall'art. 57 comma 2 lett. a D. Lgv. 163/2006 per l'espletamento di una procedura negoziata di pari oggetto senza previa pubblicazione di bando, "(...) *qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta (...)*";
- di adottare conseguentemente determina a contrarre della predetta procedura negoziata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 comma 2 D. Lgv. 163/2006, rinviando ad autonomo e separato atto l'adozione dei documenti di gara rispetto ai quali, conformemente alla previsione della succitata norma, non saranno "(...) *modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto*";
- di affidare l'espletamento della predetta negoziazione al Direttore UOC Acquisti e Logistica AV4 Dott. Fulvio De Cicco, confermando l'incarico di RUP dell'appalto di che trattasi;
- di dichiarare la coerenza e compatibilità economica della spesa presunta rinviando *per relationem* alle dichiarazioni ed attestazioni già acquisite con determina 48 ASUR DG 2013; rispetto alle quali l'oggetto di gara resta immutato, tenuto conto che la presente gara d'appalto si pone quale continuum logico, giuridico e procedurale;
- di dare atto che la presente determina non è sottoposta a controllo ai sensi dell'art. 4 della Legge 412/91 e dell'art. 28 della L.R. 26/96 e s.m.i.;
- di trasmettere il presente atto al Collegio Sindacale a norma dell'art. 17 della L.R. 26/96 e s.m.i.;
- di dichiarare il presente atto immediatamente esecutivo, a norma dell'art.28, comma 6, della L.R. 26/96 e s.m., stante le ragioni di urgenza indicate nel documento istruttorio;
- di dare atto ai fini della repertori azione nel Sistema Attiweb Salute che la presente determina rientra nella tipologia "altro".

Fermo, 08/10/2013

Il Direttore UOC Acquisti/Logistica AV4

Dott. Fulvio De Cicco

Il sottoscritto Responsabile Area Bilancio ASUR, dato atto di quanto dichiarato dal RUP, attesta la coerenza e compatibilità economica della spesa presunta rinviando per relationem alle dichiarazioni ed attestazioni già acquisite con determina 48 ASUR DG 2013; rispetto alle quali l'oggetto di gara resta immutato, tenuto conto che la presente gara d'appalto si pone quale continuum logico, giuridico e procedurale.

Il Responsabile Area Bilancio ASUR

Dott. Alessandro Maccioni

- ALLEGATI -

Allegato 1 – Esposto AGCM

Spett.le Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
Direzione Settoriale Industrie e Servizi
Piazza Verdi, 6a – 00198 Roma

E p.c.

Osservatorio Contratti Pubblici Sezione Regionale Marche
Via Palestro, 19 – 60121 Ancona

Fermo, Racc. a/r

Prot. 15165|10/07/2013|ASURAV4|FM PROVVP

Oggetto: procedura ristretta per fornitura di ossigeno terapeutico liquido e gassoso e attrezzature per ossigenoterapia/ventiloterapia domiciliare indetta dall'ASUR (Azienda Sanitaria Unica Regionale) Regione Marche – esposto

Il sottoscritto Dott. Fulvio De Cicco, in qualità di Direttore UOC Provveditorato-Economato dell'ASUR (Azienda Sanitaria Unica Regionale) Marche Area Vasta 4 nonché RUP della procedura di gara in oggetto, tenuto conto della mancata presentazione di offerta entro il termine ultimo previsto del 17/06/2013 da parte dei n°9 con correnti qualificatisi (vedi allegato A) e di numerose altre circostanze rilevate ed emerse nel corso della procedura, ritiene doveroso esporre quanto segue; ciò allo scopo di consentire a questa Spett.le Autorità di valutare eventuali profili attinenti al proprio ambito di competenza. Al fine di facilitare la comprensione della vicenda, si ritiene utile far precedere l'esposizione da alcuni cenni di scenario concernenti l'iter di gara, l'iter processuale innestatosi incidentalmente sulla gara ed il ruolo svolto nella vicenda da Federchimica-Assogastecnici:

1. iter di gara
2. iter processuale
3. l'intervento di Federchimica-Assogastecnici
4. circostanze rilevanti in ordine all'ipotesi di accordo restrittivo della concorrenza
5. conclusioni

- a. iter di gara: con determina n. 559 DG ASUR del 23/12/2009 si procedeva a nomina del Comitato Tecnico incaricato di predisporre la documentazione di gara. Con determina 958 DG ASUR del 22/10/2010 veniva indetta procedura ristretta di livello comunitario ai sensi dell'art. 11 comma 2 (fasi delle procedure di affidamento) D. Lgv. 163/2006, avente ad oggetto l'appalto di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare in nome e per conto delle ex n°13 ZZTT ASUR, oggi Aree Vaste 1-5, i cui elementi essenziali sono riassunti dalla scheda di gara (allegato B). Il punto 4 del dispositivo della succitata determina stabiliva che "(...) *la documentazione integrale (lettera d'invito, capitolato speciale e relativi allegati) sarà adottata con successivo e separato atto, in perfetta conformità del bando e del disciplinare di gara (...)*". A seguito di regolare pubblicazione del bando di gara, entro il termine ivi fissato del 28/02/2011 pervenivano n°9 richieste di invito rife rite ai n°5 lotti di gara. La fase di qualificazione e si concludeva in data 23/09/2011, con l'ammissione di tutti i candidati. In considerazione della complessità e delicatezza dell'oggetto di appalto, bando e disciplinare di gara avevano previsto a beneficio del Comitato Tecnico la possibilità di attivare una sotto-procedura di dialogo tecnico, posta tra la qualificazione dei concorrenti e la lettera d'invito, volta ad acquisire in modo comparativo e procedimentalizzato, nel pieno rispetto dei principi di trasparenza e par condicio, elementi tecnici utili al perfezionamento del capitolato speciale. Il dialogo tecnico veniva espletato con i candidati formalmente qualificati alla procedura di gara nei giorni 10-11/07/2012 e 11/09/2012. Con determina 48 DG ASUR del 16/01/2013 venivano adottati i documenti di gara e conseguentemente inviata la lettera d'invito, che prevedeva quale termine per la presentazione delle offerte il 4/03/2013, inizialmente prorogato all'8/03/2013 e successivamente sospeso per effetto

del ricorso presentato il 25/02/2013 dalla sola Linde Medicale, uno dei nove concorrenti invitati, al TAR Marche. Tenuto conto dell'ordinanza pronunciata dal TAR Marche in data 19/04/2013 con cui veniva rigettata la domanda cautelare, veniva fissato nuovo termine al 15/04/2013. La Linde Medicale proponeva appello avverso l'ordinanza del TAR Marche, tal che con Decreto pronunciato dal Consiglio di Stato in data 10/05/2013 (n°1698/13 REG. PROV. CAU.; n°03471/2013 REG. RIC.) veniva sospesa "(...) *in via temporanea l'efficacia dell'ordinanza appellata e quindi della lex specialis della gara in controversia con l'ulteriore conseguenza che resta sospeso anche il termine per la presentazione dell'offerta già fissato al 15 maggio e che va rifissato dall'ASUR Marche successivamente alla trattazione collegiale dell'appello cautelare*". Con ordinanza del 27/05/2013 il Consiglio di Stato accoglieva "(...) *l'istanza cautelare limitatamente ai fini di consentire all'ASUR Marche di fissare un nuovo termine per la presentazione delle offerte (...)*". Conseguentemente, veniva fissato nuovo termine al 17/06/2013. Entro tale termine, né successivamente, perveniva alcuna offerta né qualsivoglia altra comunicazione da parte dei n°9 concorrenti qualificati.

- b. Iter processuale: non si ritiene utile, in questa sede, approfondire nel merito le censure proposte dal ricorrente Linde Medicale in sede di ricorso al TAR Marche e del successivo appello al Consiglio di Stato avverso l'ordinanza del predetto TAR Marche. Si ritiene invece opportuno evidenziare, limitatamente alla vicenda processuale, che nessuno dei n°8 cont rointeressati è intervenuto a nessun titolo nel giudizio instaurato dalla Linde Medicale innanzi al giudice amministrativo e che il TAR Marche ha respinto l'invocata tutela cautelare, mentre il Consiglio di Stato, adito a seguito dell'impugnazione dell'ordinanza n°00139/2013 REG.RIC. Dello stesso TAR Marche, con ordinanza n°03471/2013 REG.RIC. ha ritenuto di accogliere l'invocato provvedimento cautelare ma limitatamente al fine di consentire all'ASUR Marche di fissare un nuovo termine per la presentazione delle offerte. Su tale presupposto la Stazione Appaltante ha proceduto a fissare nuovo termine per la presentazione delle offerte. Si segnala inoltre che a pag. 14 dei "*Motivi aggiunti al ricorso*" presentati da Linde Medicale innanzi al TAR Marche quest'ultima, del tutto incongruamente rispetto all'oggetto del ricorso medesimo, inserisce le seguenti considerazioni: "*Si ritiene opportuno evidenziare che, dal momento che i processi di acquisizione dei servizi sanitari hanno raggiunto un livello regionale, ancora più forte diventa la considerazione degli interessi degli stakeholder in gioco. Pensiamo sia, quindi, utile sottoporre all'attenzione delle S.V. un modello alternativo all'attuale impostazione dell'appalto in riferimento che, pur non stravolgendo integralmente quanto previsto dal bando in oggetto, offra una maggiore tutela degli interessi della V/S Regione, degli Assistiti e degli operatori del settore (...)*".
- c. l'intervento di Federchimica-Assogastecnici: Federchimica-Assogastecnici è intervenuta formalmente due volte a *latere* della procedura di gara di che trattasi, con l'esplicito proposito di convincere la Stazione Appaltante a rinunciare alla gara d'appalto già indetta (!) a beneficio di una diversa modalità di assegnazione della fornitura, con il chiaro intento di preservare le attuali quote di mercato degli associati più "forti". Con una prima nota del 7/03/2013 (si badi bene, il giorno prima dell'8/03/2013, termine fissato per la presentazione delle offerte) indirizzata al Governatore ed all'Assessore al Bilancio della Regione Marche (e solo per conoscenza al Direttore Generale ASUR), dopo aver evidenziato una serie di elementi di presunta illegittimità della gara (in parte coincidenti con quelli utilizzati da Linde Medicale nel ricorso, con gli effetti sopra indicati), veniva "*proposto*" un modello alternativo rappresentato dall'Accordo Quadro ex art. 59 D. Lgv. 163/2006 (Codice degli Appalti pubblici), del quale venivano magnificati i presunti vantaggi a beneficio della Stazione Appaltante. E' appena il caso di notare che tale proposta coincide curiosamente con quella "parallela" avanzata da Linde Medicale in sede di ricorso, come indicato nel paragrafo 2. Con successiva nota del 14/06/2013 (si badi bene, n°3 giorni prima del nuovo termine d el 17/06/2013 fissato per la presentazione delle offerte), indirizzata questa volta direttamente al RUP e per conoscenza al Governatore della Regione Marche, all'Assessore alla Sanità ed al Direttore Generale ASUR, dopo aver ribadito la presenza di elementi di presunta illegittimità della gara (peraltro operando alcune modifiche rispetto alle osservazioni di marzo 2013), veniva avanzato un invito a riconsiderare i diversi aspetti elencati e fissare quanto prima un incontro, evidentemente già pronosticando che nessuna offerta sarebbe pervenuta. Tra le due sopra citate comunicazioni (8/03/2013 e 14/06/2013), si sono tenuti in Regione Marche n°2 incontri tra gli amministratori delegati dei principali concorrenti di gara, coincidenti con gli attuali titolari dei contratti di fornitura ASUR per identico oggetto, e i rappresentanti della Regione Marche e dell'ASUR, concernenti il tema dell'annullamento della gara d'appalto e la sua sostituzione con il sistema dell'Accordo Quadro (sistema sul quale si dirà di seguito). Deve precisarsi che di tali incontri non è mai stata data comunicazione formale al RUP e che nessuna indicazione operativa afferente alla modifica o annullamento della gara d'appalto è pervenuta allo stesso da parte di alcun organo istituzionale, della Regione Marche o ASUR.

- d. circostanze rilevanti in ordine all'ipotesi di accordo restrittivo o lesivo della concorrenza: la mancata presentazione di offerte da parte di tutti e nove i concorrenti qualificati alla procedura ristretta appare sorprendente ed incomprensibile, secondo le normali logiche di concorrenza. A tale proposito si evidenziano i seguenti elementi rilevanti:
- a. il valore complessivo della gara d'appalto, di durata quadriennale, è di € 43.120.860,00 + IVA, divisa in n°5 lotti e con divieto di Raggruppamenti Temporanei d'Impresa in caso di possesso autonomo dei requisiti di partecipazione in capo al singolo operatore economico;
 - b. i documenti di gara, con particolare riferimento al capitolato speciale, sono stati redatti in seguito ad una fase di dialogo tecnico alla quale hanno partecipato n°7 dei n°9 concorrenti qualificati alla procedura ristretta; è possibile in tal senso affermare che il documento risultante sia stato ampiamente condiviso; del dialogo tecnico la Stazione Appaltante conserva ovviamente agli atti tutta la documentazione;
 - c. nella fase intercorrente tra l'invio della lettera d'invito ed il primo termine di presentazione delle offerte (dal 21/01/2013 al 4/03/2013) sono pervenute richieste di chiarimenti varie da parte di n°6 dei n°9 concorrenti, tutte concernenti aspetti di tipo tecnico, tali da evidenziare il concreto interesse alla partecipazione alla gara, perfettamente coerente d'altronde con l'attiva partecipazione alle precedenti fasi di qualificazione e dialogo tecnico; tali richieste hanno prodotto n°3 chiarimenti multipli, tutti pubblicati sul profilo web entro gg. 6 dal termine di presentazione delle offerte, secondo previsione del bando di gara;
 - d. nello stesso periodo, ed anche successivamente negli intervalli derivanti dalle sospensioni del termine di presentazione imposti dal ricorso al TAR Marche e dall'appello al Consiglio di Stato, i rappresentanti di seguito indicati sono venuti nell'ufficio del RUP per un aggiornamento sullo stato d'avanzamento della gara, dichiarando come considerassero "pretestuosi" i vizi di illegittimità posti a fondamento del ricorso di Linde Medicale e come le loro ditte fossero pronte alla presentazione dell'offerta, già predisposta, in caso di riattivazione del termine di presentazione: Davide Verrazzo di VitalAire, Enrico Silveti di Vivisol, Gianluca Bronzetti di MedicAir, Pasquale Di Bonaventura di Sapio;
 - e. la compagnia assicurativa della ditta Gas Tecnici Foligno per ben due volte ha telefonato al cellulare del RUP, nell'imminenza della scadenza dei precedenti termini di presentazione delle offerte (escluso l'ultimo del 17/06/2013) per procedere all'emissione della polizza fideiussoria necessaria per la presentazione dell'offerta;
 - f. il giorno 17/06/2013, termine finale per la presentazione delle offerte, il Sig. Gianluca Bronzetti di MedicAir ha piantonato tutto il giorno il pianerottolo dell'ufficio protocollo dell'ASUR AV4, notato sia dall'impiegato addetto al protocollo Sig. Fiorindo Pallotti sia dal Direttore di Area Vasta 4 Dott. Gianni Genga; e a domanda circa le ragioni della sua presenza ha dichiarato che stava aspettando il recapito dell'offerta della sua ditta, particolarmente voluminosa;
 - g. *dei n°9 concorrenti* qualificati, n°5 (vedi allegato A) sono attuali fornitori di identica fornitura nella Regione Marche, a prezzi contrattuali che risultano da accurata indagine di mercato che ha preceduto l'indizione della gara, considerevolmente superiori rispetto a quelli da ritenere congrui (ciò è vero in generale ma soprattutto in riferimento al costo dell'ossigeno, liquido e gassoso; sul punto si precisa che anche soltanto limitandosi ai dati disponibili per la sola Regione Marche, le aspettative di risparmio sembrerebbero non inferiori al 30% rispetto ai prezzi posti a base d'asta;
 - h. nella precedente gara ci fu un significativo ricorso ad RTI "*incrociate*", che portò di fatto ad una sorta di spartizione del mercato marchigiano, con anomalie di prezzi incomprensibili tra un lotto ed un altro per identica prestazione (-27% lotto 1, tra -1,20 e - 3,45% per i restanti lotti), secondo quanto evidenziato con l'allegato C;
 - i. il bando di gara, al fine di impedire il ripetersi di tali anomalie, prevedeva numerosi accorgimenti finalizzati alla massima apertura della concorrenza: il divieto di RTI nei casi cosiddetti di RTI "sovrabbondanti" (ammesso dalla giurisprudenza in ipotesi di mercato "chiuso", allorché lo strumento dell'RTI invece che aumentare la concorrenza favorendo la partecipazione di operatori economici più piccoli, finirebbe col ridurla, consentendo ai pochi operatori economici presenti di "coordinare" la partecipazione; tale limitazione, pur non contestata formalmente, è stata oggetto di doglianze informali e ha costituito un oggettivo ostacolo alle pregresse strategie di mercato degli operatori economici del settore); la divisione in

- lotti territoriali; l'equiparazione curriculare tra ossigenoterapia e ventiloterapia per agevolare la qualificazione degli operatori economici;
- j. per i tempi, le modalità ed i contenuti con cui si è svolto, il ricorso della Linde Medicale sembrerebbe aver avuto finalità dilatorie piuttosto che effettive, consistenti da un lato nel preservare lo *status quo* dei principali concorrenti, tutti come detto già fornitori ASUR con prezzi molto alti; dall'altro nel consentire alla delegazione di Assogastecnici (cfr. paragrafo 3) di "*convincere*" il livello politico (lettere e riunioni sopra citate con Assessorato regionale) del pubblico interesse (!) a revocare la gara d'appalto per convertirla in un diverso sistema di qualificazione e affidamento. A conferma di ciò è giusto rilevare come la Linde Medicale srl solo in data 25.02.2013 (stesso giorno della notifica del ricorso!) e, dunque, ben oltre 30 giorni dal ricevimento della lettera di invito, presentava l'istanza di cui all'art 243 bis D.lgs 163/2006 (informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale); con ciò impedendo di fatto alla stazione appaltante di rispondere in merito alle sollevate censure e per di più il tutto in prossimità dell'imminente scadenza di presentazione delle offerte (4 marzo, solo successivamente prorogato al giorno 8 marzo 2013).
- k. le richieste di Assogastecnici, sembrerebbero configurare un intervento consociativo al fine di proteggere la posizione di forza dei principali concorrenti; in tal senso, lo strumento dell'Accordo Quadro proposto (iniziativa a dir poco irrituale e inopportuna in presenza di una gara d'appalto già indetta ed in corso di svolgimento), sposterebbe il momento della scelta del fornitore domiciliare in capo al medico prescrittore, con evidenti potenziali distorsioni dell'effettiva concorrenza. Inoltre, sotto il profilo meramente tecnico è appena il caso di accennare al fatto che le modalità proprie di gestione della fornitura dell'Accordo Quadro presuppongono un tipo di prestazioni tali da esaurirsi di volta in volta nel singolo "*dare*" o "*facere*"; in modo da rendere possibile un concreto avvicendamento tra i diversi fornitori qualificati. Nel settore merceologico di che trattasi, al contrario, le peculiarità delle prestazioni (ossigenoterapia e ventiloterapia da svolgersi al domicilio dei pazienti senza tendenziale prospettiva di guarigione, e pertanto vita natural durante), rendono ogni avvicendamento tra diversi fornitori particolarmente difficoltoso, se non talvolta impossibile. Il che negherebbe di fatto il senso stesso del meccanismo dell'Accordo Quadro, trasformandolo di fatto in una spartizione statica del mercato.
- l. Le caratteristiche del mercato di riferimento, che già in fase di indizione indussero la Stazione Appaltante ad adottare degli strumenti di tutela (divieto di RTI sovrabbondanti, analisi dei prezzi di riferimento per la determinazione di basi d'asta congrue, formalizzazione del dialogo tecnico per un confronto preventivo sui contenuti del capitolato tecnico con tutti i candidati), sembrerebbero favorire una gestione "*associativa*" e non individuale delle strategie di gara, come il ruolo, l'intervento e le richieste di Assogastecnici suggeriscono. Circa le predette caratteristiche di mercato, giovi ricordare che risulta allo scrivente che in Italia esistano solo n°5 produttori di ossigeno, dei quali n°4 in gara individualmente (Linde Medicale, Sapio, Air Liquide, SOL) nonché fornitori degli altri concorrenti non produttori; ed un quinto, Rivoira, fornitore del nono ed ultimo concorrente (Medigas).
- e. Conclusioni: la proposta di ricorrere allo strumento dell'accordo quadro in luogo della gara d'appalto "classica" sarebbe dovuto – o meglio potuto - essere oggetto di valutazione eventuale in sede di istruttoria. A fronte di una procedura di gara predisposta ed indetta quale risultato di un lungo e complesso lavoro progettuale da parte di un Comitato Tecnico appositamente e formalmente nominato e di un gruppo di n°9 operatori economici regolarmente qualificati, tale proposta – peraltro sottoposta ad un organo "politico" e non tecnico - appare a dir poco impropria, intempestiva ed irrituale. Si aggiunga che al contrario, in sede di dialogo tecnico svolto con ciascuno dei concorrenti qualificati, nessuna proposta in tal senso fu registrata. Non si ritiene pertanto di esprimere una valutazione in tal senso, se non rinviando al breve cenno fatto al paragrafo 4 lett. K della presente relazione. E' d'obbligo al contrario ribadire la piena legittimità ed appropriatezza dello strumento della procedura ristretta di livello europeo regolarmente indetta, da considerarsi a tutti gli effetti procedura ordinaria e naturale di affidamento dei pubblici appalti. Le scelte inerenti il tipo di gara (procedura ristretta di livello europeo), la sua impostazione tecnica e la sua valorizzazione economica sono avvenute attraverso una minuziosa attività istruttoria, tutta documentata; e debitamente motivata per ciascuna fase formale. Lo scrivente, in qualità di RUP della procedura di gara di che trattasi, non ha ravvisato alcun elemento di tipo tecnico, giuridico, economico o di altra opportunità amministrativa rilevante, tale da giustificare la revoca della procedura di gara prima; e neppure

comprendere le ragioni dell'esito deserto della stessa. Al contrario, dallo svolgimento della procedura, dalla condotta delle parti in causa e dal ruolo giocato da Assogastecnici, si è maturata la convinzione che uno svolgimento pienamente "libero" della procedura di gara, così come impostata ed avviata, fosse tale da rendere ingovernabile lo svolgimento della stessa ai leader di settore, coincidenti presumibilmente con i produttori di ossigeno italiani; e che pertanto l'esito deserto della gara sia oggettivamente funzionale tanto al mantenimento delle attuali forniture a prezzi, come detto, estremamente alti; quanto alla paralisi della gara d'appalto che consenta di condizionare la Stazione Appaltante "convincendola" ad adottare un altro sistema di affidamento dei contratti (Accordo Quadro), diverso dalla gara ad evidenza pubblica e tale da facilitare una ordinata spartizione del mercato marchigiano. Tale proposta, oltre a non adattarsi affatto per quanto sopra spiegato all'oggetto d'appalto, era e resta irricevibile a fronte di una gara d'appalto regolarmente indetta e dell'interesse dell'ASUR a procedere celermente ad una sua utile conclusione; ancor di più a fronte delle aspettative di risparmio della gara d'appalto sono inferiori al 30%. **A ben vedere proprio le circostanze, che "minacciano" l'attuale posizione di forza dei principali operatori economici del settore, sembrerebbero giustificare una ostilità "strategica" allo strumento della gara d'appalto, a beneficio di quello dell'accordo quadro attraverso il quale sarebbe più agevole preservare tali posizioni.** Si tratterebbe beninteso di legittime strategie commerciali le quali tuttavia, nel caso di specie, si sono espresse in una posizione invasiva ed intempestiva che sembrerebbe sfociata in un'improvviso contemporaneo recesso di tutti i contendenti dall'intenzione, esplicitamente e lungamente manifestata nei mesi precedenti, alla partecipazione alla gara. In tal senso, la sollecitazione di un organo politico circa le modalità di espletamento di una gara d'appalto già indetta, ed al fine di ottenerne la revoca, appare eclatante, suggerendo ad avviso dello scrivente RUP che tutti gli obiettivi della gara in corso (apertura del mercato di riferimento e maggiore concorrenza, al fine di conseguire cospicui vantaggi economici e competizione sul piano qualitativo) fossero stati raggiunti! Per tutto quanto sopra argomentato ed esposto, si invita questa Spett.le Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a verificare, ove ritenuto, se nelle condotte richiamate possano eventualmente ravvisarsi elementi restrittivi o lesivi della concorrenza, a danno della Stazione Appaltante e dei pubblici interessi dalla stessa rappresentati. Si resta naturalmente a disposizione per ogni eventuale chiarimento o approfondimento istruttorio, sia documentale che testimoniale.

Con osservanza.

ASUR MARCHE
DIRETTORE UOC PROVVEDITORATO-ECONOMATO AREA VASTA 4
Dott. Fulvio De Cicco

Allegati:

- A. Elenco concorrenti
- B. Scheda riassuntiva di gara
- C. indagine di mercato e prezzi a base d'asta
- D. prospetto "vecchia" gara d'appalto Regione Marche
- E. note Assogastecnici del 7/03/2013 e del 14/06/2013