



**REGIONE CAMPANIA
AZIENDA OSPEDALIERA DI CASERTA
SANT'ANNA E SAN SEBASTIANO
DI RILIEVO NAZIONALE E DI ALTA SPECIALIZZAZIONE**

Deliberazione del Commissario Straordinario N. 137 del 05/02/2020

PROPONENTE: UOC PROVVEDITORATO ED ECONOMATO

OGGETTO: Procedura aperta per l'acquisizione in noleggio operativo di n. 4 sistemi per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo (C.R.R.T.), per un periodo di anni due – Ottemperanza sentenza del Consiglio di Stato n. 6560/2019 - Aggiudicazione HED Elettromedicali e Biomateriali srl.

Oggetto: Procedura aperta per l’acquisizione in noleggio operativo di n. 4 sistemi per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo (C.R.R.T.), per un periodo di anni due – Ottemperanza sentenza del Consiglio di Stato n. 6560/2019 - Aggiudicazione HED Elettromedicali e Biomateriali srl.

Direttore UOC PROVVEDITORATO ED ECONOMATO

A conclusione di specifica istruttoria, descritta nella narrazione che segue e agli atti della UOC, si rappresenta che ricorrono i presupposti per l’adozione del presente provvedimento, ai sensi dell’art. 2 della Legge n. 241/1990 e s.m.i.

Premesso

- **che** con deliberazione n. 184 del 28/05/2018, questa Azienda ha proceduto ad aggiudicare la fornitura in noleggio operativo di: n. 1 Sistema per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo per n. 200 trattamenti annui comprensivo di n. 2.000 sacche pe infusione per le esigenze della U.O.C. Cardiochirurgia; n. 3 Sistemi per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo per n. 250 trattamenti annui comprensivo di n. 2.500 sacche pe infusione per le esigenze della U.O.C. Rianimazione, per un periodo di anni due, in favore della E.C.S. Srl;
- **che** la HED Elettromedicali e Biomedicali Srl, risultata terza classificata alla predetta procedura, ha promosso ricorso al TAR per la Campania (n. 01903/2018 REG. RIC.) avverso e per l’annullamento, previa sospensione degli effetti, di tale deliberazione, nonché di ogni altro atto preordinato, connesso e/o conseguente;
- **che** le motivazioni del ricorso risiedono, per quanto riguarda la E.C.S. Srl, nell’aver presentato l’offerta tecnica mancante delle caratteristiche minime previste dalle prescrizioni di gara ai fini dell’ammissione dell’offerta. In effetti viene evidenziato che *“il difetto della caratteristica richiesta determina la palese diversità della prestazione offerta rispetto a quanto prescritto dal capitolato tecnico e ne legittima l’esclusione”*;
- **che**, per quanto riguarda la BELLCO Srl, seconda classificata, viene rilevato che non ha offerto una prestazione conforme ai requisiti tecnici minimi previsti da questa Azienda;
- **che** inoltre viene censurata la violazione dei principi generali di trasparenza dell’azione amministrativa, di non discriminazione e per avere la Stazione Appaltante proceduto, in sede di chiarimenti, all’introduzione postuma di un criterio non previamente fissato negli atti che compongono la *lex specialis* di gara;
- **che** il TAR Campania – Sezione Quinta –, con ordinanza n. 820/2018 pubblicata in data 06/06/2018, ha respinto l’istanza cautelare e ha fissato per la trattazione di merito del ricorso l’udienza pubblica del 09/10/2018;
- **che** il medesimo TAR, con sentenza n. 28/2019 pubblicata in data 03/01/2019, ha accolto il predetto ricorso e, per l’effetto, ha annullato i provvedimenti impugnati stabilendo, altresì, *“che l’annullamento dei provvedimenti impugnati costituisce già di per sé una forma di risarcimento in forma specifica del danno ingiusto subito dalla ricorrente, non essendo stati provati ulteriori pregiudizi in conseguenza dell’illegitimità degli atti gravati”*;
- **che** a tal proposito, l’avv. Luca Rubinacci, legale di questa Azienda, con pec del 12/02/2019, ha precisato che, prima che la causa venisse trattenuta in decisione, non è stata fornita alcuna indicazione sulla intervenuta sottoscrizione del contratto. In assenza di questa indicazione, il TAR ha reputato di non dover procedere sulla domanda, che pure era stata proposta dalla ricorrente, di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto. Per questo motivo è stata rigettata la domanda risarcitoria, infatti il Collegio ha reputato che l’annullamento degli atti di ammissione delle offerte tecniche delle prime due concorrenti in graduatoria determinasse l’effetto, integralmente satisfattivo, dell’aggiudicazione della gara e dello svolgimento dell’intera fornitura;

Delibera del Commissario Straordinario

- **che** alla suddetta decisione del TAR hanno interposto appello dinanzi al Consiglio di Stato sia l’aggiudicataria E.C.S., in via principale, sia questa Azienda (con appello incidentale);
- **che** il Consiglio di Stato, con decreto monocratico negativo (ordinanza n. 929/2019), ha dapprima sospeso l’efficacia della sentenza appellata per non interrompere la fornitura in atto, successivamente con dispositivo di sentenza n. 3996/2019, pubblicato in data 14/06/2019, ha respinto entrambi gli appelli e ha condannato i ricorrenti, in solido tra loro, alla refusione delle spese di lite;
- **che** la HED, pertanto, con diffida del 04/07/2019, ha chiesto a questa Azienda di conformarsi al giudizio amministrativo e, in riscontro, il Direttore f.f. della U.O.C. Affari Legali, con nota protocollo n. 18750/U del 10/07/2019, ha rappresentato che, *“al fine di dare una corretta esecuzione alla sentenza del TAR Campania Napoli n. 28/2019 nonché al dispositivo n. 3996/2019 del Consiglio di Stato, ritiene indispensabile attendere il deposito delle motivazioni di quest’ultimo, tenuto conto che la citata sentenza del TAR era stata sospesa con ordinanza n. 929/2019 dal Consiglio di Stato”*;
- **che** nel frattempo, in correlazione alla fornitura in questione, sono state adottate le determinazioni dirigenziali n. 2 del 10/01/2019, n. 374 del 05/07/2019 e n. 427 del 01/08/2019;
- **che** il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (Sezione Terza), con sentenza n. 6560/2019 pubblicata in data 01/10/2019, definitivamente pronunciando, ha respinto entrambi gli appelli e ha condannato i ricorrenti, in solido tra loro, alla refusione delle spese di lite;

Considerato

- **che**, in ottemperanza alla predetta Sentenza del Consiglio di Stato n. 6560/2019, che ha confermato la sentenza del TAR Campania n. 28/2019, è necessario annullare la deliberazione n. 184 del 28/05/2018 relativa all’aggiudicazione in favore della E.C.S. srl della “procedura aperta per l’acquisizione in noleggio operativo di n. 4 sistemi per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo (C.R.R.T.), per un periodo di anni due”;
- **che** inoltre deve procedersi all’annullamento dei correlati provvedimenti, ovvero delle determinazioni dirigenziali n. 2 del 10/01/2019, n. 374 del 05/07/2019 e n. 427 del 01/08/2019, nonché alla rescissione del contratto con la E.C.S. srl;

Ritenuto

- **che** il legale di questa Azienda, con pec del 12/02/2019, confermata con ulteriore pec del 05/12/2019, ha rappresentato che *“... l’effetto conformativo che deriva dalla sentenza, alla luce degli specifici motivi di ricorso accolti, impone all’Azienda di aggiudicare la gara alla HED ...”*;
- **che** pertanto deve procedersi all’aggiudicazione della predetta gara in favore della HED Elettromedicali e Biomedicali srl;

Vista

- la deliberazione n. 270 del 28/11/2019, con la quale si è preso atto della citata Sentenza del Consiglio di Stato e sono state demandate alla U.O.C. Provveditorato ed Economato le attività di competenza in relazione ai provvedimenti oggetto dell’impugnazione;

Attestata

la legittimità della presente proposta, che è conforme alla vigente normativa in materia;

PROPONE

per i motivi esposti in premessa,

Delibera del Commissario Straordinario

1. di ottemperare alla Sentenza del Consiglio di Stato n. 6560/2019, che ha confermato la sentenza del TAR Campania n. 28/2019 e, quindi, annullare la deliberazione n. 184 del 28/05/2018 relativa all’aggiudicazione in favore della E.C.S. srl della “procedura aperta per l’acquisizione in noleggio operativo di n. 4 sistemi per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo (C.R.R.T.), per un periodo di anni due”;
2. di annullare, altresì, le determinazioni dirigenziali n. 2 del 10/01/2019, n. 374 del 05/07/2019 e n. 427 del 01/08/2019, nonché disporre la rescissione del contratto con la E.C.S. srl;
3. di aggiudicare la fornitura in noleggio operativo di: n. 1 Sistema per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo per n. 200 trattamenti annui comprensivo di n. 2.000 sacche per infusione per le esigenze della U.O.C. Cardiochirurgia; n. 3 Sistemi per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo per n. 250 trattamenti annui comprensivo di n. 2.500 sacche per infusione per le esigenze della U.O.C. Rianimazione, a favore della Ditta HED Elettromedicali e Biomedicali srl, al costo complessivo biennale pari ad € 198.450,00 oltre IVA (importo annuo € 99.225,00 oltre IVA);
4. di imputare la spesa complessiva pari ad € 206.388,00 inclusa IVA al 4%, successivamente al superamento del collaudo con esito positivo, frazionando gli importi sulle autorizzazioni di spesa sub 9/2 conto economico 501010701 dei bilanci di riferimento;
5. di incaricare il Direttore della U.O.C. Tecnologia Ospedaliera e HTA di procedere contrattualmente alla sostituzione delle macchine della ditta uscente con quelle della ditta subentrante, al fine di assicurare il servizio senza soluzione di continuità, trattandosi di apparecchiature salvavita, mentre il Direttore della U.O.C. Farmacia si farà carico di assicurare l’approvvigionamento dei materiali necessari all’utilizzo;
6. di nominare DEC della presente procedura il Direttore della U.O.C. Farmacia, Dott.ssa Anna Dello Stritto;
7. di prevedere la clausola di recesso, ai sensi del combinato disposto dagli artt. 92 e 100 del D. Lgs. 159/2011, qualora vengano accertati elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa;
8. notificare la presente deliberazione alla E.C.S. Srl, alla Bellco Srl ed alla HED Elettromedicali e Biomedicali Srl;
9. di trasmettere copia del presente atto al Collegio Sindacale, ai sensi di legge, nonché alle UU.OO.CC. G.E.F., Tecnologia Ospedaliera e HTA e Farmacia;
10. di rendere lo stesso immediatamente eseguibile, attesa l’urgenza di ottemperare alla sentenza del Consiglio di Stato n. 6560/2019.

**IL DIRETTORE U.O.C.
PROVVEDITORATO ED ECONOMATO**
Dott.ssa Antonietta Costantini

Vista la sestesa proposta di deliberazione, si esprime parer favorevole

IL COMMISSARIO STRAORDINARIO

avv. Carmine Mariano

nominato con D.G.R.C. n. 393 del 06/08/2019

insediatosi nelle funzioni in data 12/08/2019, giusta deliberazione CS n°1 del 12/08/2019

Vista la proposta di deliberazione che precede, a firma del Direttore U.O.C. Provveditorato ed Economato

Delibera del Commissario Straordinario

Il presente atto, in formato digitale e firmato elettronicamente, costituisce informazione primaria ed originale ai sensi dei combinati disposti degli artt. 23-ter, 24 e 40 del D.Lgs. n. 82/2005. Eventuale riproduzione analogica, costituisce valore di copia semplice a scopo illustrativo.

Acquisito il parere favorevole del Sub Commissario Amministrativo e del Sub Commissario Sanitario sotto riportati:

Sub Commissario Amministrativo Gubitosa Gaetano

Sub Commissario Sanitario

Dott.ssa Antonietta Siciliano

DELIBERA

per le causali in premessa, che qui si intendono integralmente richiamate e trascritte, di prendere atto della proposta di deliberazione che precede e, per l’effetto, di:

1. ottemperare alla Sentenza del Consiglio di Stato n. 6560/2019, che ha confermato la sentenza del TAR Campania n. 28/2019 e, quindi, annullare la deliberazione n. 184 del 28/05/2018 relativa all’aggiudicazione in favore della E.C.S. srl della “procedura aperta per l’acquisizione in noleggio operativo di n. 4 sistemi per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo (C.R.R.T.), per un periodo di anni due”;
2. annullare, altresì, le determinazioni dirigenziali n. 2 del 10/01/2019, n. 374 del 05/07/2019 e n. 427 del 01/08/2019, nonché disporre la rescissione del contratto con la E.C.S. srl;
3. aggiudicare la fornitura in noleggio operativo di: n. 1 Sistema per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo per n. 200 trattamenti annui comprensivo di n. 2.000 sacche per infusione per le esigenze della U.O.C. Cardiochirurgia; n. 3 Sistemi per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo per n. 250 trattamenti annui comprensivo di n. 2.500 sacche per infusione per le esigenze della U.O.C. Rianimazione, a favore della Ditta HED Elettromedicali e Biomedicali srl, al costo complessivo biennale pari ad € 198.450,00 oltre IVA(importo annuo € 99.225,00 oltre IVA);
4. imputare la spesa complessiva pari ad € 206.388,00 inclusa IVA al 4%, successivamente al superamento del collaudo con esito positivo, frazionando gli importi sulle autorizzazioni di spesa sub 9/2 conto economico 501010701 dei bilanci di riferimento;
5. incaricare il Direttore della U.O.C. Tecnologia Ospedaliera e HTA di procedere contrattualmente alla sostituzione delle macchine della ditta uscente con quelle della ditta subentrante, al fine di assicurare il servizio senza soluzione di continuità, trattandosi di apparecchiature salvavita, mentre il Direttore della U.O.C. Farmacia si farà carico di assicurare l’approvvigionamento dei materiali necessari all’utilizzo;
6. nominare DEC della presente procedura il Direttore della U.O.C. Farmacia, Dott.ssa Anna Dello Stritto;
7. prevedere la clausola di recesso, ai sensi del combinato disposto dagli artt. 92 e 100 del D. Lgs. 159/2011, qualora vengano accertati elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa;
8. notificare la presente deliberazione alla E.C.S. Srl, alla Bellco Srl ed alla HED Elettromedicali e Biomedicali Srl;
9. trasmettere copia del presente atto al Collegio Sindacale, ai sensi di legge, nonché alle UU.OO.CC. G.E.F., Tecnologia Ospedaliera e HTA e Farmacia;
10. rendere lo stesso immediatamente eseguibile, attesa l’urgenza di ottemperare alla sentenza del Consiglio di Stato n. 6560/2019.

Il Commissario Straordinario
Avv. Carmine Mariano

ATTESTAZIONE DI VERIFICA E REGISTRAZIONE CONTABILE
(per le proposte che determinano un costo per l’AORN – VEDI ALLEGATO)

Delibera del Commissario Straordinario

Il presente atto, in formato digitale e firmato elettronicamente, costituisce informazione primaria ed originale ai sensi dei combinati disposti degli artt. 23-ter, 24 e 40 del D.Lgs. n. 82/2005. Eventuale riproduzione analogica, costituisce valore di copia semplice a scopo illustrativo.



REGIONE CAMPANIA
AZIENDA OSPEDALIERA DI RILIEVO NAZIONALE
E DI ALTA SPECIALIZZAZIONE
“SANT’ANNA E SAN SEBASTIANO” DI CASERTA

Delibera del Commissario Straordinario

Il presente atto, in formato digitale e firmato elettronicamente, costituisce informazione primaria ed originale ai sensi dei combinati disposti degli artt. 23-ter, 24 e 40 del D.Lgs. n. 82/2005. Eventuale riproduzione analogica, costituisce valore di copia semplice a scopo illustrativo.

Da "affarigenerali@ospedalecasertapec.it" <affarigenerali@ospedalecasertapec.it>
 A "provveditorato" <provveditorato@ospedalecasertapec.it>
 Data giovedì 14 febbraio 2019 - 11:53

I: Hed Elettromedicali e Biomateriali SRL vs / AORN Caserta

In riferimento al giudizio in oggetto, si inoltra relazione dell'avv. Luca Rubinacci.

Cordiali saluti

*Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale
 e di Alta Specializzazione
 Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta
 via Palasciano s.n. 81100 CASERTA
 U.O.C. Affari generali e legali*

Informativa Privacy - Ai sensi del D. Lgs n. 196/2003 (Codice Privacy) e successive modificazioni ed integrazioni, si precisa che le informazioni contenute in questo messaggio sono riservate e ad uso esclusivo del destinatario. Qualora il messaggio in parola (ed eventualmente i suoi allegati) Le fosse pervenuto per errore, La preghiamo di eliminarlo senza copiarlo e di non inoltrarlo a terzi, dandocene gentilmente comunicazione. Grazie.

Da : "Per conto di: lucarubinacci@legpec.it" posta-certificata@pec.aruba.it

A : "affarigenerali caserta" affarigenerali@ospedalecasertapec.it

Cc :

Data : Tue, 12 Feb 2019 11:03:26 +0100

Oggetto : POSTA CERTIFICATA: Hed Elettromedicali e Biomateriali SRL vs / AORN Caserta

Facendo seguito alla riunione dell'11 febbraio u.s., inerente alla controversia indicata in oggetto, con la presente preciso quanto segue.

Come risulta dalla ricostruzione operata dal T.A.R. Campania-Napoli nella sentenza 28/2019, la società ricorrente ha impugnato "gli esiti della procedura aperta, in base ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016, per la fornitura in uso di un sistema per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo per un numero di 200 trattamenti annui, comprensivo di 2.000 sacche per infusione, per le esigenze della U.O.C. Cardiochirurgia e n. 3 sistemi per ultrafiltrazione con somministrazione di materiale di consumo per un numero di n. 250 trattamenti annui, comprensivo di 2.500 sacche per infusione, per le esigenze della U.O.C. Rianimazione, per un periodo di anni due".

Più in particolare, quale terza classificata, la HED Elettromedicali e Biomateriali S.r.l. ha censurato "l'operato della stazione appaltante per non aver disposto, in virtù della dedotta carenza nei prodotti offerti dei requisiti tecnici minimi prescritti dal bando di gara, l'esclusione sia della prima che della seconda società classificata", proponendo tre gruppi di censure, ovvero:

"1) in ordine alla posizione della prima classificata (E.C.S. S.r.l.), violazione e falsa applicazione del d.lgs. 163/2006 e del d.lgs. 50/2016 nonché violazione falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui il predetto concorrente si è aggiudicato la gara pur avendo presentato un'offerta tecnica mancante delle caratteristiche tecniche minime previste ai fini dell'ammissione. La ricorrente, in particolare, censura l'assenza dei requisiti tecnici di base richiesti a pena di esclusione relativamente ai seguenti requisiti: dimensione del filtro; portata della pompa

prediluizione; modalità di intervento di risoluzione dei guasti o fornitura di apparecchiatura sostitutiva entro le 8h, tutti i giorni della settimana;

2) in ordine alla posizione della seconda classificata (Bellco Società Unipersonale a.r.l.), violazione e falsa applicazione par condicio del d.lgs. n. 163/2006 e del d.lgs. n. 50/2016 nonché violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui il predetto concorrente non è stato escluso pur avendo anch'esso presentato un prodotto non rispondente ai requisiti tecnici minimi richiesti a pena di esclusione, esattamente, in ordine ai seguenti requisiti: possibilità di eseguire pre-post diluizione contemporaneamente; portata della pompa prediluizione-dialisato; dimensione del filtro; modalità di intervento di risoluzione dei guasti o fornitura di apparecchiatura sostitutiva entro le 8h;

3) violazione dei principi generali di trasparenza dell'azione amministrativa, di non discriminazione e per avere la stazione appaltante proceduto, in sede di chiarimenti alla Faq. n.1 del 20 novembre 2017 - punto 3, all'introduzione postuma di un criterio basato sulle linee guida KDIGO, criterio non previamente fissato negli atti che compongono la lex specialis di gara".

Il T.A.R. Campania-Napoli, con ordinanza 820/2018, aveva originariamente rigettato l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente sulla base delle seguenti argomentazioni:

"Ritenuto che, prima facie, a prescindere dai profili di tardività, il ricorso non appare suffragato dal requisito del fumus boni iuris:

a) sembrando la valutazione tecnica effettuata sul possesso, per i prodotti offerti dalle partecipanti che precedono la ricorrente, dei requisiti minimi funzionali, tipica espressione di discrezionalità tecnica, esente da macroscopici profili di irragionevolezza, in assenza di un adeguato assolvimento dell'onere della prova in senso contrario in relazione alla dedotta non equivalenza;

b) apparendo i chiarimenti forniti dal RUP un'esplicitazione funzionale dei requisiti prescritti dalla lex specialis essendosi confrontate le caratteristiche dei prodotti oggetto di gara con le linee guida in materia secondo un criterio di equivalenza (art. 68 del d.lgs. n. 50/2016)".

In sede di merito, tuttavia, ha completamente modificato la posizione precedentemente assunta ritenendo che il ricorso fosse "*re melius perpensa*", fondato.

Nella sentenza n. 28/2019, dopo un riepilogo delle censure mosse dalla ricorrente, si legge quanto segue:

"VI. Ora, sono da ritenersi assorbenti le censure relative alla dimensione della superficie del filtro (E.C.S. Srl e Bellco S.r.l.) e alla prescritta necessità <<di eseguire pre-post diluizione contemporaneamente>> (Bellco S.r.l.), oltre che alla tempistica degli interventi (E.C.S. Srl e Bellco S.r.l.)".

Il percorso argomentativo sulla base del quale il T.A.R. Campania-Napoli è pervenuto alla decisione di accogliere il ricorso è, come già detto, largamente criticabile poiché, come era già stato riconosciuto in fase cautelare, le censure sollevate dalla ricorrente riguardavano valutazioni della commissione concretanti una "tipica espressione di discrezionalità tecnica, esente da macroscopici profili di irragionevolezza"; il T.A.R. Campania-Napoli, in altri termini, sembra essersi spinto molto oltre il limite entro cui è consentito il sindacato giurisdizionale di legittimità, invadendo il merito riservato alla pubblica amministrazione.

Detto questo, l'effetto conformativo che deriva dalla sentenza, alla luce degli specifici motivi di ricorso accolti, impone a codesta azienda di aggiudicare la gara alla

HED e di rescindere e/o risolvere il contratto con la E.C.S. che, come è emerso dalla riunione di ieri, è stato nelle more sottoscritto (la rescissione e/o la risoluzione del contratto con la E.C.S., peraltro, pone alcuni problemi di coordinamento tenuto conto che l'art. 122 c.p.a. riserverebbe al giudice il potere di dichiararne l'inefficacia).

A tale riguardo va svolta un'ulteriore precisazione: prima che la causa venisse trattenuta in decisione non è stata fornita alcuna indicazione sulla intervenuta sottoscrizione del contratto: in assenza di questa indicazione il T.A.R. Campania-Napoli ha reputato di non dover procedere sulla domanda, che pure era stata proposta dalla ricorrente, di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto. È per questo motivo che è stata, altresì, rigettata la domanda risarcitoria; il Collegio ha, infatti, reputato che l'annullamento degli atti di ammissione delle offerte tecniche delle prime due concorrenti in graduatoria determinasse l'effetto, integralmente satisfattivo, dell'aggiudicazione della gara e dello svolgimento dell'intera fornitura.

È chiaro, tuttavia, che una volta accertato che tale pretesa non potrà essere integralmente conseguita dalla HED, quest'ultima potrà (con ogni probabilità in maniera fondata) rivalersi dei danni subiti anche instaurando un separato giudizio.

Se è vero che la E.C.S. ha già proposto appello (la camera di consiglio è già fissata per il 21 febbraio 2019), per tutti questi motivi, come già detto nel corso della riunione di ieri, è a mio avviso consigliabile proporre un autonomo appello avverso la sentenza, anche alla luce di un possibile conflitto che potrebbe insorgere con la E.C.S. in ordine alla rescissione e/o risoluzione del contratto.

Nel restare a disposizione per ogni ulteriore chiarimento, invio cordiali saluti.

Avv. Luca Rubinacci

PEC: provveditorato@ospedalecasertapec.it

Spett.le

**AZIENDA OSPEDALIERA SANT'ANNA E
SAN SEBASTIANO U.O.C.
PROVVEDITORATO ED ECONOMATO**

PEC: direzionegenerale@ospedalecasertapec.it

Spett.le

**p.c. AZIENDA OSPEDALIERA "SANT'ANNA E SAN
SEBASTIANO" DI RILIEVO NAZIONALE E DI
ALTA SPECIALIZZAZIONE DI CASERTA
DIREZIONE GENERALE**

PEC: affarilegali@ospedale.caserta.it. PEC

Spett.le

**AZIENDA OSPEDALIERA "SANT'ANNA E
SAN SEBASTIANO" DI RILIEVO
NAZIONALE E DI ALTA
SPECIALIZZAZIONE DI CASERTA
UFFICIO AFFARI LEGALI**

**DIFFIDA E MESSA IN MORA – ESECUZIONE SENTENZA DEL T.A.R. CAMPANIA N.
28/2019, PASSATA IN GIUDICATO CON SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO N.
6560/2019**

La HED Elettromedicali e Biomateriali s.r.l. (P.IVA e C.F.: 005808991219), con sede in Napoli alla via Scaglione n. 276, in persona del suo legale rapp.tep.t., l'Amministratore Unico Sig.ra Emanuela Vastarelli, nata a Napoli il 02/05/198, assistita dall'Avv. Francesco Miani

PREMESSO CHE

• con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. Campania (R.G. n. 1903/2018), HED Elettromedicali e Biomateriali s.r.l. ha impugnato, quale terza classificata, la deliberazione n. 184 del 28/05/2018 con la quale il Direttore dell'UOC Provveditorato ed Economato ha comunicato l'aggiudicazione in favore della società E.C.S. S.r.l. del bando di gara avente ad oggetto "l'acquisizione in noleggio operativo di n. 4 sistemi per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo (C.R.R.T.), per un periodo di anni due", sostenendo l'inesistenza delle caratteristiche minime tecniche previste dalla lexspecialis nei macchinari offerti sia dall'aggiudicataria che dalla seconda classificata (società BELLCO s.r.l.);

- con sentenza n. 28/2019, il T.A.R. Campania ha accolto l'impugnazione proposta rilevando che *"in osservanza del richiamato allegato A/6 del disciplinare di gara secondo il quale: "le caratteristiche minime indicate nella scheda sono da intendersi obbligatorie nel senso che la carenza o la non conformità anche di uno dei parametri elencati in tabella, comporterà la non ammissione alla gara", le società controinteressate avrebbero dunque dovuto essere ESCLUSE DALLA GARA"* e disponendo, infine, quale risarcimento in forma specifica in favore della ricorrente, **l'annullamento della delibera di aggiudicazione n. 184 del 28/03/2018**;
- a tale decisione hanno interposto appello dinanzi al Consiglio di Stato sia l'aggiudicataria E.C.S. (in via principale) sia la ricevente Azienda Ospedaliera (con appello incidentale) sostenendo la presunta illegittima sovrapposizione, da parte del Giudice Amministrativo, della valutazione di conformità dell'offerta aggiudicataria alla *lexspecialis*, effettuata invece dall'Amministrazione nell'ambito della propria insindacabile discrezionalità e dichiarandosi, all'udienza del 14.06.2019, **interessate all'immediata decisione del giudizio, con richiesta di pubblicazione anticipata del dispositivo della sentenza** ex art. 119, comma 5, c.p.a.;
- con dispositivo di sentenza n. 3996/2019, pubblicato in data 14.06.2019 il Consiglio di Stato si è così espresso *"definitivamente pronunciando sull'appello e sull'appello incidentale, come in epigrafe proposti, li respinge entrambi... condanna l'appellante principale e l'appellante incidentale, in solido tra loro, alla refusione delle spese di lite liquidate in euro 5.000,00 oltre IVA CPA ed accessori... ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa"*;
- con nota del 04.07.2019, la scrivente società ha pertanto richiesto all'Amministrazione in indirizzo di conformarsi al giudicato amministrativo, con conseguente provvedimento di esclusione della prima e della seconda classificata e aggiudicazione della gara in favore della esponente, ricevendo, con **nota a firma del Responsabile dell'UOC Affari Legali prot. n. 0018750/U del 10.07.2019** riscontro negativo, sul presupposto che risulterebbe: *"indispensabile attendere il deposito delle motivazioni di quest'ultimo, tenuto conto che la citata sentenza del TAR era stata sospesa con ordinanza n. 929/2019 del Consiglio di Stato"*;
- successivamente, la precedente Responsabile dell'Ufficio Economato e Provveditorato dell'Azienda in indirizzo, dott.ssa Marisa Di Sano, in totale spregio del giudicato amministrativo, ha adottato la **Determina n. 427 del 01.08.2019**, con la quale ha provveduto a **modificare la delibera n.184 del 28.03.2018, sebbene a quella data già definitivamente annullata dal G.A.** (in particolare con la determina in questione è stata disposta la *"sostituzione dei codici del prodotto SET OMNI... aggiudicati con delibera n. 184 del 28.03.2018"*;
- in data 01/10/2019 è stata **pubblicata la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6560/2019**, che ha **confermato in pieno l'iter motivazionale alla base della sentenza del TAR Campania – Napoli, Sez. V, n. 28/2019** e, per l'effetto, ha dichiarato l'illegittimità dell'ammissione della soc.

ECS srl (originaria aggiudicataria) e della BELLCO SRL (impresa seconda classificata) per la “*la non conformità dell’offerta dell’aggiudicataria appellante – così come della seconda classificata in gara - alle specifiche minime poste a tutela del diritto alla salute dei pazienti e la illegittimità dell’operato della struttura ospedaliera che non ha escluso tali offerte*”.

EVIDENZIATO CHE

a seguito della pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato – che, come detto, ha confermato in pieno motivazioni e statuzioni del TAR partenopeo e ribadito l’obbligo di aggiudicare e contrattualizzare la commessa in oggetto con la soc. mia assistita, alcun ulteriore rinvio rispetto all’esecuzione del *decisum* risulta più ammissibile

RAMMENTATO

infine il pacifico principio per cui “*dal giudicato amministrativo, quando riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce ex lege, in capo all’amministrazione, un’obbligazione, il cui oggetto consiste nel concedere “in natura” il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza*” (cfr. Cons. Stato, A.P., n. 2 del 2017)

DIFFIDA E COSTITUISCE IN MORA

l’Azienda Ospedaliera “Sant’Anna e San Sebastiano” di rilievo nazionale e di alta specializzazione di Caserta, in persona del legale rapp.te p.t, a dare immediata esecuzione alla sentenza del Tar Campania 28/2019, confermata in pieno dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6560/2019, e, per l’effetto, ad aggiudicare a HED s.r.l. la gara avente ad oggetto “*l’acquisizione in noleggio operativo di n. 4 sistemi per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo (C.R.R.T.), per un periodo di anni due*” ed a stipulare il conseguente contratto d’appalto.

In mancanza si provvederà ad inoltrare ricorso per ottemperanza, con ulteriore inutile aggravio di spese a carico di codesta A.O. Si costituisce, altresì, in mora la ricevente amministrazione in relazione a tutti i danni subiti e subendi a causa della ritardata e mancata esecuzione del giudicato.

Napoli, lì 8 ottobre 2019

Distinti saluti

Avv. Francesco Miani
Francesco Miani

Firmato digitalmente
da Francesco Miani
Data: 2019.10.08
20:12:21 +02'00'

Da : "Luca Rubinacci" <lucarubinacci@legpec.it>

A : "provveditorato@ospedalecasertapec.it" <provveditorato@ospedalecasertapec.it>

Data giovedì 5 dicembre 2019 - 09:40

Re: POSTA CERTIFICATA: HED Elettromedicali e Biomateriali S.r.l. c/ A.O. di Caserta.

Da: "provveditorato@ospedalecasertapec.it" <provveditorato@ospedalecasertapec.it>

Oggetto: HED Elettromedicali e Biomateriali S.r.l. c/ A.O. di Caserta.

Data: 2 dicembre 2019 13:18:00 CET

A: lucarubinacci@legpec.it

Preg.mo Avv. Rubinacci,

in riferimento alla controversia in oggetto, anche in virtù dell'allegata diffida e messa in mora prodotta dal legale di controparte, si chiede di fornire notizie in merito alle determinazioni da adottare.

In effetti, la S.V. vorrà comunicare se è da ritenersi confermato quanto indicato nella pec del 12/02/2019, soprattutto quando afferma che *"l'effetto conformativo che deriva dalla sentenza, alla luce degli specifici motivi di ricorso accolti, impone a codesta azienda di aggiudicare la gara alla HED e di rescindere e/o risolvere il contratto con la E.C.S."*, oppure se ritiene che questa Azienda, successivamente all'annullamento degli atti di gara, debba procedere alla indizione di una nuova procedura, così come rappresentato dal Direttore della U.O.C. Affari Generali e Legali con nota protocollo n. 3137/i del 01/02/2019, allegata alla presente.

Si resta in attesa di cortese, urgente riscontro e si inviano cordiali saluti.

Il Direttore U.O.C. Provveditorato ed Economato
Dott.ssa Antonietta Costantini

Preg.ma Dott.ssa Costantini

non posso che confermare quanto già relazionato con la p.e.c. del 12 febbraio 2019, tenuto conto che la sentenza del Consiglio di Stato ha rigettato gli appelli principale e incidentale e, quindi, confermato la sentenza di primo grado.

Da tale punto di vista ritengo non condivisibile l'indicazione contenuta nella nota del Direttore della U.O.C. Affari Generali e Legali prot. 3137/i del 1° febbraio 2019, con la conseguenza che, a mio avviso, qualora la ricorrente dovesse avviare un giudizio di ottemperanza nel senso indicato nell'atto di diffida, con ogni probabilità l'azienda sarebbe soccombente, con ulteriori aggravi di spesa.

Nel restare a disposizione per qualsiasi ulteriore chiarimento, invio molti cordiali saluti.

LUCA RUBINACCI
AVVOCATO

STUDIO LEGALE
RUBINACCI - TESTA

80132 - NAPOLI - VIA S. LUCIA, 15
TEL 081.0320314 - 081.0320347
FAX 081.0320389
WWW.RUBINACCITESTA.COM
E-MAIL: AMMINISTRAZIONE@RUBINACCITESTA.COM

E-MAIL: LUCARUBINACCI@RUBINACCITESTA.COM
P.E.C. LUCARUBINACCI@LEGPEC.IT

Le informazioni, i dati e le notizie contenute nella presente comunicazione e i relativi allegati sono di natura privata e come tali possono essere riservate e sono, comunque, destinate esclusivamente ai destinatari indicati in epigrafe. La diffusione, distribuzione e/o la copiatura del documento trasmesso da parte di qualsiasi soggetto diverso dal destinatario è proibita, sia ai sensi dell'art. 616 c.p., sia ai sensi del D. Lgs. 196/2003. Se avete ricevuto questo messaggio per errore, vi preghiamo di distruggerlo e di darcene immediata comunicazione anche inviando un messaggio di ritorno all'indirizzo e-mail del mittente.

This e-mail (including attachments) is intended only for the recipient(s) named above. It may contain confidential or privileged information and should not be read, copied or otherwise used by any other person. If you are not the named recipient, please contact lucarubinacci@rubinaccitest.com and delete the e-mail from your system. Rif. D.L. 196/2003.

Il giorno 02 dic 2019, alle ore 13:18, Per conto di: provveditorato@ospedalecasertapec.it <posta-certificata@pec.aruba.it> ha scritto:

Messaggio di posta certificata

Il giorno 02/12/2019 alle ore 13:18:01 (+0100) il messaggio
"HED Elettromedicali e Biomateriali S.r.l. c/ A.O. di Caserta." è stato inviato da
"provveditorato@ospedalecasertapec.it"
indirizzato a:
lucarubinacci@legpec.it
Il messaggio originale è incluso in allegato.
Identificativo messaggio: opec292.20191202131801.21075.883.1.64@pec.aruba.it

Allegato(i)

daticert.xml (890 bytes)
BodyPart.html (4 Kb)
diffida HED srl.pdf (2148 Kb)
BodyPart.html (295 bytes)
nota AA.GG.LL..pdf (1185 Kb)
BodyPart.html (331 bytes)

ATTESTAZIONE DI VERIFICA E REGISTRAZIONE CONTABILE

relativa alla DELIBERAZIONE DEL COMMISSARIO STRAORDINARIO con oggetto:

Procedura aperta per l'acquisizione in noleggio operativo di n. 4 sistemi per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo (C.R.R.T.), per un periodo di anni due – Ottemperanza sentenza del Consiglio di Stato n. 6560/2019 - Aggiudicazione HED Elettromedicali e Biomateriali srl.

ATTESTAZIONE DI VERIFICA E REGISTRAZIONE CONTABILE 1 (per le proposte che determinano un costo per l'AORN)

Il costo derivante dal presente atto : €206.388,00

- è di competenza dell'esercizio 2020 , imputabile al conto economico 5010107010 - Dispositivi Medici da scomputare dal preventivo di spesa che presenta la necessaria disponibilità
- è relativo ad acquisizione cespiti di cui alla Fonte di Finanziamento

Caserta li, 05/02/2020

il Dirigente GEF incaricato
UOC GESTIONE ECONOMICO FINANZIARIA
Eduardo Scarfiglieri



**REGIONE CAMPANIA
AZIENDA OSPEDALIERA DI CASERTA
SANT'ANNA E SAN SEBASTIANO
DI RILIEVO NAZIONALE E DI ALTA SPECIALIZZAZIONE**

Deliberazione del Commissario Straordinario N. 137 del 05/02/2020

PROPONENTE: UOC PROVVEDITORATO ED ECONOMATO

OGGETTO: Procedura aperta per l'acquisizione in noleggio operativo di n. 4 sistemi per ultrafiltrazione con somministrazione materiale di consumo (C.R.R.T.), per un periodo di anni due – Ottemperanza sentenza del Consiglio di Stato n. 6560/2019 - Aggiudicazione HED Elettromedicali e Biomateriali srl.

In pubblicazione dal 05/02/2020 e per il periodo prescritto dalla vigente normativa in materia (art.8 D.Lgs 14/2013, n.33 e smi)

Atto immediatamente esecutivo

UOC AFFARI GENERALI

Direttore Eduardo Chianese

Elenco firmatari

Carmine Mariano - DIREZIONE GENERALE

Antonietta Costantini - UOC PROVVEDITORATO ED ECONOMATO

Eduardo Scarfiglieri - UOC GESTIONE ECONOMICO FINANZIARIA

Antonietta Siciliano - DIREZIONE SANITARIA

Gaetano Gubitosa - DIREZIONE AMMINISTRATIVA

Eduardo Chianese - UOC AFFARI GENERALI