Numero atto 5922 - 2023
Sottoscritto il 11/09/2023
Protocollo Prot-2023-1260826

Regione Liguria – Giunta Regionale

Oggetto	Decreto di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione dei lotti 2,3,4,5, 9 (decreti 4411/2023 e 4808/2023) della gara regionale per l'affidamento della fornitura in noleggio di "Sistemi antidecubito" gara n. 8401370 a seguito dei ricorsi al TAR Liguria proposti dalla Zuccato HC srl.
Tipo Atto	Decreto del Dirigente
Struttura Proponente	Settore stazione unica appaltante regionale
Dipartimento Competente	Direzione centrale organizzazione
Soggetto Emanante	Riccardo ZANELLA
Responsabile Procedimento	Riccardo ZANELLA
Dirigente Responsabile	Riccardo ZANELLA

Atto rientrante nei provvedimenti di cui alla lett.e punto 18 sub / dell'allegato alla Delibera di Giunta Regionale n. 254/2017

Elementi di corredo all'Atto:

IL DIRIGENTE

VISTI:

- il decreto legislativo 18/04/2016, n. 50 "Codice dei contratti pubblici" e ss.mm.ii. laddove ancora vigente;
- il decreto legislativo 31/03/2023, n. 36 “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’art.1 della legge 21 giugno 2022, n.78 recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”, ed in particolare l’art. 226, comma 2;
- la legge regionale 11 marzo 2008, n.5, recante “Disciplina delle attività contrattuali regionali” e ss.mm.ii.;
- la legge regionale 5 marzo 2021, n. 2, recante la “razionalizzazione e potenziamento del sistema regionale di centralizzazione degli acquisti di forniture e di servizi e dell’affidamento di lavori pubblici e strutture di missione”, il cui art. 2 definisce le competenze in capo alle centrali di committenza regionali individuando, in particolare, la Stazione Unica Appaltante Regionale (S.U.A.R.) quale soggetto deputato all’acquisizione di beni e servizi necessari al funzionamento degli Enti del settore regionale allargato fra cui rientrano gli Enti del Servizio Sanitario regionale;
- il decreto legge del 16 luglio 2020 n. 76 “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale” convertito in legge n. 120 in data 11 settembre 2020;
- il decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 “Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure.”, convertito, con modificazioni, dalla legge del 29 luglio 2021, n. 108;
- l’articolo 13 della l. 13 agosto 2010, n. 136 "Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia" ed il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 30 giugno 2011 "Stazione Unica Appaltante, in attuazione dell’articolo 13 della legge 13 agosto 2010, n. 136 – Piano straordinario contro le mafie";
- la legge 6 novembre 2012, n. 190 "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione” ed il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni" e ss.mm.ii.;
- la legge regionale 25 novembre 2009, n. 56 “Norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi” e ss.mm.ii.;
- la legge regionale 26 marzo 2002, n. 15 e la l.r. 12 novembre 2014, n. 34 “Adeguamento delle disposizioni in materia di ordinamento contabile della Regione Liguria”;
- la deliberazione della Giunta regionale n. 382 del 30 aprile 2021, con la quale è stato approvato lo schema di accordo tra la Regione Lombardia, in qualità di proprietaria della piattaforma di e-procurement denominata SINTEL, la Regione Liguria, in qualità di utilizzatore della piattaforma, e ARCA S.p.A., adesso Azienda Regionale per l’Innovazione e gli Acquisti, ARIA S.p.A. di Regione Lombardia, quale gestore della piattaforma, per la gestione delle procedure di gara in forma telematica;
- la deliberazione della Giunta regionale n. 354 del 23 aprile 2021 recante “Modalità organizzative e di funzionamento della SUAR, ai sensi dell'articolo 4, comma 11 della legge regionale n. 2/2021”;
- la deliberazione della Giunta regionale n. 580 del 01 luglio 2021 recante “Misure di legalità e trasparenza anticrimine nelle procedure di competenza della SUAR”;

PREMESSO che, con decreti dirigenziali n. 4411 del 30/06/2023 e n. 4808 del 17/07/2023, è stata aggiudicata la procedura regionale per la fornitura in noleggio di sistemi antidecubito per le aziende sanitarie della Regione Liguria e la A.U.S.L. della Valle d'Aosta, n° gara 8401370;

RICHIAMATI i ricorsi al TAR della Liguria, notificati in data 01/8/2023, con il quale la società Zuccato HC S.r.l., (oltre denominata Zuccato) seconda classificata nei lotti 4, 5 e 9 e terza classificata nei lotti 2 e 3, ha tra l'altro contestato le valutazioni tecniche effettuate dalla Commissione giudicatrice e perciò la legittimità della aggiudicazione dei lotti in questione, chiedendo l'annullamento previa sospensione cautelare dei decreti citati al punto precedente;

CONSIDERATO che le contestazioni sollevate da Zuccato, per quanto riguarda i punteggi attribuiti per alcuni items sono apparse logicamente e giuridicamente fondate, in alcuni casi per il travisamento delle informazioni tecniche, in altri per carenze motivazionale, in altri ancora per intrinseca illogicità;

RITENUTO pertanto indispensabile per la Stazione Appaltante riesaminare il proprio operato, e procedere a una parziale rinnovazione della valutazione tecnica (per tutti i concorrenti) e alla rideterminazione della graduatoria finale sia per i lotti oggetto di diretta contestazione (2 e 5), sia opportunamente, anche per i lotti 3, 4 e 9, previo annullamento in autotutela dell'aggiudicazione dei citati lotti 2, 3, 4, 5, 9;

CONSIDERATO che l'operazione di rinnovazione sarebbe svolta anche a "buste economiche aperte", dal momento che non esiste un divieto tassativo di rinnovazione parziale dei giudizi e tale valore va coordinato con il principio della conservazione degli atti giuridici e di buona amministrazione che sarebbe frustrato da un rinnovo integrale della procedura di gara;

VALUTATO altresì che, come anche riconosciuto dal Consiglio di Stato (Adunanza plenaria decisione n. 30/2012), svolgere una nuova gara comporterebbe comunque una alterazione dei canoni di concorrenza perché le nuove proposte (ammesso che proposte effettivamente nuove rispetto a quelle presentate possano essere elaborate) "*sarebbero formulate da concorrenti che sono a conoscenza o che possono aver conosciuto almeno nei tratti le originarie offerte degli altri partecipanti alla gara*";

DATO ATTO che con nota prot-2023-1188270 del 22/08/2023, ai sensi e per gli effetti dell'art. 7 della L. n. 241/1990, è stato comunicato alle società Sanacilia Service S.r.l., Service Med S.r.l, Ferrero Med S.r.l., classificate idonee nelle graduatorie dei lotti 2, 3, 4, 5, 9 l'avvio del procedimento per l'annullamento delle già disposte aggiudicazioni e la rinnovazione delle operazioni di valutazione tecnica, assegnando come termine per eventuali osservazioni il giorno 07/09/2023;

RILEVATO che dalle società notiziate sono state trasmesse le seguenti osservazioni in merito al procedimento avviato per l'annullamento in parte qua dei propri decreti di aggiudicazione e la parziale rinnovazione della valutazione tecnica:

<u>Zuccato HC con nota del 31/8/2023 acquisita agli atti con prot. n. 1221103 ha evidenziato quanto segue:</u>

1. l'impossibilità di una rinnovazione delle valutazioni limitata alla sola offerta Zuccato, essendo l'attribuzione dei punteggi definita su base comparativa di tutte le offerte;
2. la più generale impraticabilità, nel solco della legittimità amministrativa, di una rinnovazione delle valutazioni tecniche (parziale o per tutti i concorrenti);

a. in presenza di offerte economiche note e con punteggio economico perciò già attribuito. In tale condizione -secondo Zuccato- una rivalutazione altererebbe o rischierebbe di alterare la serenità e l'imparzialità dell'attività valutativa;
b. in presenza di valutazione per numerosi item ad altissima discrezionalità tecnica e per un punteggio assolutamente preponderante;

3. il vulnus del principio di segretezza dell'offerta che la operazione di rinnovazione valutativa tecnica comporterebbe, svolgendosi nella piena conoscenza delle offerte economiche
4. l'irrilevanza di fronte ai rilievi di cui sopra dei principi di conservazione degli atti giuridici e di economicità della azione amministrativa;

Service Med srl con nota del 06/09/2023, acquisita agli atti con prot. n. 2023-1243883 ha:

1. eccepito l'ammissibilità del ricorso "multilotto", in quanto in contrasto con l'art. 120 u.c. cpa;
2. contestato la fondatezza degli argomenti portati dalla ricorrente Zuccato HC in merito alla attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice per gli item già in narrativa evidenziati, corroborando le differenze valutative emerse con ulteriori elementi fattuali;
3. chiesto la conferma della valutazione della propria offerta e della già disposta aggiudicazione, rappresentando comunque in subordine la necessità "*che qualunque atto conclusivo del procedimento non abbia a interessare l'intera riformulazione della gara*";

VISTA la sentenza n. 6439 del 13/9/2018 del Consiglio di Stato Sez. III che in situazione analoga (ancorché di definizione giurisdizionale) così statuisce sulla legittimità della rinnovazione della valutazione delle offerte tecniche (rispetto alla invalidazione della intera gara) anche a buste economiche aperte, giungendo a legittimare sinanche l'utilizzo di una differente Commissione giudicatrice a superamento dell'obbligo formale dell'art. 77, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016:

"Nell'ottica dell'utilità della tutela giurisdizionale (artt. 6, 13 CEDU; 24, 111, 113 Cost.; 1 c.p.a.), al riscontro dell'illegittimità della valutazione delle offerte tecniche, la soluzione giurisdizionale di annullare il solo segmento procedimentale viziato in luogo dell'invalidazione dell'intera gara, si dimostra essere maggiormente opportuna perché espressione della possibilità riconosciuta al giudice di modulare nel tempo gli effetti della sentenza di annullamento (artt. 121, 122 c.p.a.; 264 co. 2 TFUE), ovvero di limitarne anche solo parzialmente quelli caducatori (artt. 21 nonies L. n. 241/90; 34 co. 1 lett. a) c.p.a.) in modo confacente al principio di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici (artt. 1419 c.c.; 97 Cost.) (cfr. ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488; Consiglio di Stato, sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1332; id., 4 settembre 2014, n. 4514).

In tal senso la soluzione adottata si dimostrava congrua e coerente con i principi generali dell'ordinamento, e in particolare con quello di effettività della tutela e di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici.

Neppure può condividersi l'asserita assunta impossibilità di rinnovare parzialmente una gara in presenza di offerte già conosciute, senza che perciò non venga violato il principio di segretezza delle offerte economiche. La impossibilità di rinnovazione parziale dei giudizi anche a buste aperte non è prevista tassativamente dall'ordinamento e non costituisce un dogma assoluto, ma un valore che richiede pur sempre di essere posto in relazione e coordinato con gli altri beni tutelati aventi pari dignità ordinamentale sul piano giuridico, quali nella specie da un lato il principio di conservazione degli atti giuridici e di buona amministrazione, e dall'altro, il canone della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

Inoltre depongono in tal senso anche i criteri di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa che verrebbero frustrati da un rinnovo integrale delle operazioni di gara, comportante un aggravio procedimentale per la dilatazione dei tempi per addivenire all'aggiudicazione.

Nel caso concreto, quindi, la "par condicio" tra i medesimi concorrenti, quale vero valore protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, non verrebbe in ogni caso scalfita da un nuovo apprezzamento delle offerte già conosciute, a maggior ragione se quest'ultimo è compiuto da parte di una nuova commissione giudicatrice".

VISTA altresì la sentenza n. 171 del 04/03/2019, sulla questione "*valutazione offerte tecniche a buste economiche aperte*", con la quale il TAR Liguria per altra procedura di gara svolta da Regione Liguria - A.Li.Sa., in presenza di una valutazione tecnica variamente viziata, aveva annullato un'aggiudicazione disponendo, a buste economiche già aperte, "*la rinnovazione delle operazioni di gara a partire dalla valutazione delle offerte tecniche";*

CONSIDERATO, in merito ai rilievi degli operatori commerciali sopra citati e numerati, che:

1. il rifacimento delle valutazioni tecniche sarà necessariamente effettuato per tutte le offerte presentate ed idonee, trattandosi di attribuzione di punteggi su base comparativa;
2. la conoscibilità o la conoscenza delle offerte economiche non può essere assunto come di per sé come elemento perturbatore della correttezza della attività valutativa;
3. anche in presenza di item ad alta discrezionalità tecnica è pur sempre possibile, nella malaugurata evenienza di valutazioni presuntamente viziate, il sindacato dei giudizi formulati che comunque - ancorché discrezionali- debbono essere informati a criteri di logica, coerenza, ragionevolezza;
4. il principio della segretezza -sacrosanto nella pratica ordinaria- deve considerarsi sacrificabile nel caso di specie rispetto alla necessità di economicità della azione amministrativa, tanto più nell'esercizio di uno *ius penitoendi* da parte della Stazione Appaltante.
   La procedura *de qua*, di cui si intende rinnovare la valutazione tecnica (limitatamente ad alcuni lotti), per completare l'iter di aggiudicazione ha richiesto quindici sedute della Commissione giudicatrice che si sono svolte nell'arco di 10 mesi (dal 10 giugno 2022 al 14 aprile 2023). Reindire la procedura nella sua integralità e riaggiudicarla *ex novo* comporterebbe perciò almeno un anno. Invece la sola rinnovazione della valutazione tecnica comporterebbe presumibilmente un arco di tempo molto più ridotto, stimabile in circa 60-90 giorni (considerato che le Commissioni non riescono di solito a garantire più di 3 tre sedute al mese). Attualmente peraltro le forniture sono rese da Zuccato HC (aggiudicatario della precedente gara) in regime di cosiddetta "proroga tecnica" e perciò in un quadro di legittimità giustificato dalla sola necessità di non interrompere la continuità delle forniture;
5. la giurisprudenza citata da Zuccato (con la sola eccezione della sentenza n. 2819/2021 del Consiglio di Stato – sez. III, in effetti *contra* l'ipotesi di una rinnovazione della valutazione delle offerte tecniche a buste economiche aperte) ribadisce ai fini della imparzialità delle operazioni di valutazione l'indispensabilità del rispetto del principio di segretezza delle offerte economiche con *riferimento alla ordinarietà dei casi.* Nel caso di specie si ritiene di dover considerare prevalenti le motivazioni di cui alla già citata sentenza n. 6439 del 13/9/2018 del Consiglio di Stato Sez. III:

   "*La impossibilità di rinnovazione parziale dei giudizi anche a buste aperte non è prevista tassativamente dall'ordinamento e non costituisce un dogma assoluto, ma un valore che richiede pur sempre di essere posto in relazione e coordinato con gli altri beni tutelati aventi pari dignità ordinamentale sul piano giuridico, quali nella specie da un lato il principio di conservazione degli atti giuridici e di buona amministrazione, e dall'altro, il canone della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive. Inoltre depongono in tal senso anche i criteri di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa che verrebbero frustrati da un rinnovo integrale delle operazioni di gara, comportante un aggravio procedimentale per la dilatazione dei tempi per addivenire all'aggiudicazione. Nel caso concreto, quindi, la "par condicio" tra i medesimi concorrenti, quale vero valore protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, non verrebbe in ogni caso scalfita da un nuovo apprezzamento delle offerte già conosciute, a maggior ragione se quest'ultimo è compiuto da parte di una nuova commissione giudicatrice";*

6. in plurime occasioni la magistratura amministrativa ha ritenuto di far prevalere nelle proprie determinazioni un approccio processuale sostanzialistico, rispetto a prescrizioni di natura più formale, privilegiando l'interesse del ricorrente a ottenere una definizione giudiziale di merito;

7. osservazioni, elementi di giudizio e di motivazioni forniti da Service Med S.r.l. meritano comunque un sereno approfondimento, ai fini della più complessiva ridefinizione dei punteggi di gara;
8. la rinnovazione delle sole operazioni di valutazione tecnica garantisce comunque a Service Med la giusta valorizzazione della offerta tecnica già presentata ed impedisce che, con una nuova indizione, gli altri concorrenti siano avvantaggiati, nella predisposizione di una nuova offerta, della conoscenza della offerta Service Med;

RITENUTO pertanto di annullare in autotutela i decreti dirigenziali 4411 del 30/06/2023 e n. 4808 del 17/07/2023 relativamente ai lotti 2, 3, 4, 5, 9 nelle parti di approvazione dei verbali di valutazione tecnica, di determinazione delle graduatorie finali e delle successive aggiudicazioni e procedere contestualmente alla rinnovazione dell'attività valutativa di attribuzione dei punteggi tecnici, fatta salva, pacifica e incontestata, la presenza dei requisiti minimi essenziali in capo ai concorrenti valutati idonei per i medesimi lotti 2, 3, 4, 5, 9;

CONSIDERATO che la rinnovazione dell'attività valutativa potrà avvalersi, a discrezione della Commissione giudicatrice, in tutto o in parte dell'istruttoria valutativa già svolta;

RITENUTO di incaricare per la rinnovazione delle valutazioni tecniche la Commissione giudicatrice già nominata con decreto n. 3033 del 14/5/2022, ai sensi dell'art. 77, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2026;

D E C R E T A

per le motivazioni indicate in premessa, qui integralmente richiamate:

1. **DI ANNULLARE** in autotutela, ai sensi dell'art. 21 *nonies* legge n. 241/1990, i decreti dirigenziali 4411 del 30/06/2023 e n. 4808 del 17/07/2023 relativamente ai lotti 2, 3, 4, 5, 9 nelle parti di approvazione dei verbali di valutazione tecnica (fatta salva, in quanto pacifica e incontestata l'attestazione della presenza dei requisiti minimi essenziali nelle offerte), di determinazione delle graduatorie finali e delle successive aggiudicazioni;

2. **DI RINNOVARE** le valutazioni tecniche dei lotti 2, 3, 4, 5, 9 e procedere alle successive aggiudicazioni tenuto conto delle offerte economiche già presentate;

3. **DI INCARICARE** per la rinnovazione delle valutazioni tecniche la Commissione giudicatrice già nominata con decreto n. 3033 del 14/5/2022, ai sensi dell'art. 77 del D.Lgs. n. 50/2026;

4. **DI TRASMETTERE** il presente atto alle società Zuccato HC S.r.l., Service Med S.r.l., Sanacilia S.r.l., Ferrero Med S.r.l.;

5. **DI DISPORRE** la pubblicazione del presente provvedimento sulla Piattaforma Sintel www.ariaspa.it. e sul sito web www.acquistiliguria.it.

Avverso il presente provvedimento è esperibile ricorso giurisdizionale presso il Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) della Liguria in Genova ai sensi delle vigenti disposizioni di legge, fatta salva la disciplina di cui al d.lgs. n. 53/2010 e al d.lgs. n. 104/2010.

Identificativo atto: 2023-AM-6257

Area tematica: Affari Generali ed Istituzionali > Affari Generali ,

Iter di approvazione del decreto

Compito	Assegnatario	Note	In sostituzione di	Data di completamento
*Approvazione soggetto emanante (regolarità amministrativa, tecnica)	Riccardo ZANELLA		-	11-09-2023 09:49
*Approvazione Dirigente (regolarità amministrativa, tecnica e contabile)	Riccardo ZANELLA		-	11-09-2023 09:49
Approvazione legittimità	Giorgia CATTI		-	11-09-2023 09:06
*Validazione Responsabile procedimento (Istruttoria)	Riccardo ZANELLA		-	11-09-2023 08:32

L'apposizione dei precedenti visti attesta la regolarità amministrativa, tecnica e contabile dell'atto sotto il profilo della legittimità nell'ambito delle rispettive competenze

Trasmissione provvedimento:

Sito web della Regione Liguria

Firmato digitalmente, ai sensi del D.lgs. 82/2005

Firmato digitalmente da: RICCARDO ZANELLA
Regione Liguria
Firmato il: 11-09-2023 09:50:32
Certificato valido dal 26-05-2021 al 26-05-2024