



FONDAZIONE IRCCS CA' GRANDA
OSPEDALE MAGGIORE POLICLINICO

Pag. 1

DETERMINAZIONE N.

2 20 0

del 06 OTT. 2015

Atti n.

1482/2014 – all. 189

OGGETTO: istanza della Società Johnson & Johnson Medical Spa per l'annullamento in autotutela della determinazione n. 1872/2015, con la quale è stata affidata alla Società Baxter Spa, a seguito di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ex art. 57, comma 2, lett. c), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la fornitura del prodotto emostatico a base di gelatina, denominato Floseal, nel periodo 1.8.2015 – 29.2.2016 – Determinazioni conseguenti.

IL DIRETTORE GENERALE

Premesso che:

- con determinazione n. 1872 dell'11 agosto 2015, è stata affidata alla Società Baxter Spa, a seguito di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ex art. 57, comma 2, lett. c), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (T.U. contratti pubblici), la fornitura del prodotto emostatico a base di gelatina, denominato Floseal, nel periodo 1.8.2015 – 29.2.2016, per un importo complessivo stimato di €. 38.527,21 oltre Iva;
- a tale decisione, avente efficacia limitata al soddisfacimento delle esigenze di approvvigionamento del prodotto salva vita di cui trattasi proprie della sola Fondazione IRCCS, si perveniva a seguito della coeva decisione del T.A.R. per la Lombardia – Milano di rimandare al merito, non disponendo quindi sulle istanze cautelari avanzate, la trattazione dei ricorsi promossi sia da Johnson & Johnson Medical Spa che da Baxter Spa in relazione ai lotti 5 e 6 della procedura aperta, suddivisa su 7 lotti, aggiudicata in via definitiva con determinazione 15 giugno 2015 n. 1321;
- proprio sulla base delle offerte economiche presentate in occasione della su richiamata procedura aperta dalle Società Johnson & Johnson Medical Spa e Baxter Spa, tenendo presente entrambi i lotti oggetto della *querelle* (i lotti 5 e 6, per l'appunto), risultando come più favorevole in assoluto il prezzo offerto dalla Società Baxter Spa, al solo fine di garantire – con urgenza e nella misura strettamente necessaria, in attesa della decisione del Giudice Amministrativo – la fornitura del prodotto salvavita in parola, la Fondazione IRCCS procedeva in forza della succitata determinazione n. 1872/2015;
- con istanza 28 settembre 2015, trasmessa in pari data, avanzata a mente dell'art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006, il prof. Avv. Mario Zoppellari del Foro di Bologna, in nome e per conto della Soc. Johnson & Johnson Medical Spa, ha chiesto che la Fondazione IRCCS provveda, in via di autotutela, ad annullare la determinazione n. 1872/2015, preannunciando, in caso di mancato

IRCCS di natura pubblica



FONDAZIONE IRCCS CA' GRANDA
OSPEDALE MAGGIORE POLICLINICO

Pag. 2

DETERMINAZIONE N.

2200

del

06 OTT. 2015

Atti n.

1482/2014 – all. 189

accoglimento della stessa, l'impugnazione avanti il competente Tribunale Amministrativo Regionale del contestato provvedimento;

- a pretesa giustificazione delle proprie ragioni, il legale della Società istante invoca sostanzialmente la mancata osservanza di quanto previsto dal comma 6 dell'art. 57 del T.U. contratti pubblici, che prevede l'invito di almeno 3 operatori economici a presentare le offerte oggetto della negoziazione;

Considerato che Direttore dell'U.O.C. Approvvigionamenti ha predisposto, quale riscontro alla sopra citata istanza, apposita relazione in atti 665/2014 all. 107), che qui di seguito si riporta integralmente:

"Atti 1482/2014 – all. 188

Milano lì, 5 ottobre 2015

RELAZIONE IN ATTI

Determinazione D.G. Fondazione IRCCS Ca' Granda – Ospedale Maggiore Policlinico di Milano, n. 1872 dell'11.8.2015.

Si fa riferimento e seguito al foglio in data 28 settembre c.a., in pari data inviato a mezzo PEC al Direttore Generale della Fondazione IRCCS "Ca' Granda – Ospedale Maggiore Policlinico" e, per conoscenza, ai Direttori Generali delle Fondazioni IRCCS Policlinico San Matteo, Istituto dei Tumori e Istituto Neurologico Carlo Besta e delle AA.OO. Desio e Vimercate, Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano, Ospedale di Circolo di Melegnano, Niguarda Cà Granda di Milano, G. Salvini di Garbagnate, San Gerardo di Monza, San Paolo di Milano, Istituti Clinici di Perfezionamento di Milano e San Carlo Borromeo di Milano, con il quale il prof. avv. Mario Zoppellari del Foro di Bologna, in nome e per conto della Società Johnson & Johnson Medical Spa, ha formulato istanza, ai sensi e per gli effetti della disposizione di cui all'articolo 243-bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (T.U. contratti pubblici), di "... immediato annullamento, in via di autotutela, della Determinazione in oggetto indicata, con conseguente esperimento di tempestiva e regolare procedura negoziata concorsuale che coinvolga entrambi gli operatori economici summenzionati [Johnson&Johnson Medica Spa e Baxter Spa – n.d.r.], preannunciando sin d'ora... che in caso di mancato accoglimento della formulata istanza procederà senza indugio all'impugnazione, avanti al competente Tribunale Amministrativo Regionale, del contestato provvedimento".

Colla medesima nota, il legale incaricato da Johnson & Johnson Medical Spa ha formalmente diffidato "... gli Enti aggregati facenti parte dell'Unione d'acquisto dell'originaria procedura aperta..."

IRCCS di natura pubblica



DETERMINAZIONE N. **2200** del **06 OTT. 2015** Atti n. 1482/2014 – all. 189

dall'assumere, in qualsiasi forma e con qualsivoglia modalità, provvedimenti di recepimento e/o adesione al censurato provvedimento della Fondazione IRCCS Ca' Granda – Ospedale Maggiore Policlinico di Milano, ovvero autonome determinazioni aventi comunque contenuto sostanzialmente analogo a quella qui contestata, procedendo anche essi, nel caso di necessità di approvvigionamento urgente dei prodotti oggetto dei Lotti nn. 5 e 6 della suddetta procedura aperta, all'esperimento di apposita procedura negoziata con regolare confronto concorrenziale, conformemente a quanto disposto dal richiamato art. 57, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006".

A pretesa giustificazione delle proprie ragioni, il legale della Società istante invoca sostanzialmente la mancata osservanza di quanto previsto dal comma 6 dell'art. 57 del T.U. contratti pubblici, che prevede l'invito di almeno 3 operatori economici a presentare le offerte oggetto della negoziazione.

Ora, le doglianze mosse da Johnson & Johnson Medical Spa non colgono nel segno ed in nulla consentono di rileggere criticamente l'operato della Fondazione IRCCS, al punto da giustificare – nel caso – l'esercizio degli invocati poteri di autotutela, dovendosi invece in questa sede confermare tutte le ragioni che la Fondazione IRCCS ha posto a fondamento della determinazione n. 1872 dell'11 agosto c.a. ed ivi ben esplicitate.

Il contestato provvedimento, è bene ricordarlo, è stato assunto in data 11 agosto c.a., ossia subito dopo che la Fondazione IRCCS ha avuto notizia della decisione del Tribunale Amministrativo per la Lombardia – Milano di rimandare al merito fissato per il mese di dicembre 2015 la decisione sui ricorsi promossi – per ragioni diverse – sia da Johnson & Johnson Medical Spa che da Baxter Spa in relazione procedura in unione d'acquisto promossa dalla Fondazione IRCCS ed aggiudicata, con riguardo ai lotti 5 e 6, in forza di determinazione n. 1321 del 15 giugno 2015, in base al criterio del prezzo più basso.

Per l'urgenza conseguente alla decisione del Giudice Amministrativo di non pronunciarsi nella sede cautelare fissata alla fine dello scorso mese di luglio, rinviando appunto direttamente alla trattazione sul merito prevista per la fine del corrente anno, e per la (a quel punto) stringente necessità di approvvigionarsi di colle chirurgiche per l'indispensabile, la Fondazione IRCCS promuoveva procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), T.U. contratti pubblici, affidando in urgenza e per la misura strettamente necessaria la fornitura di colle chirurgiche del tipo di quelle di cui trattasi alla Società Baxter Spa (vedasi la citata determinazione n. 1872 dell'11 agosto 2015). E, ciò, espressamente tenendo conto delle offerte prodotte dagli operatori economici partecipanti alla procedura aperta da poco

IRCCS di natura pubblica



DETERMINAZIONE N. 2200

del 06 OTT. 2015

Atti n. 1482/2014 – all. 189

celebrata (e quindi facendo leva sui risultati di ben oltre un semplice sondaggio limitato a taluni operatori, come vorrebbe il comma 6 dell'art. 57 invocato da Johnson & Johnson Medical Spa!).

In altri termini, il provvedimento di cui si vorrebbe l'annullamento non è solo legittimo, ma persegue con pienezza, nei crismi di legge, la stringente esigenza di approvvigionamento di un presidio salvavita e, nel contempo, l'interesse pubblico generale.

Diversamente operando, del resto, vi potrebbe essere il rischio di alterare ex post gli esiti della gara da poco effettuata, là dove in ipotesi si dovessero ottenere prezzi maggiormente convenienti, ancorché valevoli per il breve lasso di tempo della fornitura temporanea, ponendo così la Fondazione IRCCS nella necessità di valutare l'opportunità di un annullamento della gara effettuata. Una nuova gara avvantaggerebbe proprio Johnson & Johnson Medical Spa, che, nella gara conclusasi, è risultata offerente in procedura aperta di un prezzo meno concorrenziale rispetto a quello proposto da Baxter Spa, essendosi, fra l'altro, considerati nel loro insieme i lotti 5 e 6.

In ogni caso, non si è ritenuto sussistente nella specie l'obbligo di invitare alla procedura negoziata almeno tre operatori economici (art. 57, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006).

Deve nuovamente ricordarsi che la procedura negoziata si situa nelle more della conclusione, con la stipula del contratto, di una gara (procedimento finale sospeso in attesa degli esiti dei ricorsi giurisdizionali) in cui gli unici due operatori economici che commercializzano gli unici due prodotti in commercio aventi le caratteristiche di cui ai lotti 5 e 6 hanno partecipato esprimendo le loro offerte.

Il confronto concorrenziale è dunque già avvenuto e gli esiti dello stesso possono ben essere assunti a fondamento della scelta di contrarre con la migliore offerente in sede di procedura negoziata.

Tale conclusione è coerente con la ratio del comma 6 dell'art. 57 T.U. contratti pubblici.

Peraltro, nella specie, sussiste anche la medesima ratio volta a non alterare condizioni economiche già date sottesa alle ipotesi di procedura negoziata che segue a gare andate deserte, per le quali nella "... procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto..." (art. 57, comma 2, lett. a), T.U. contratti pubblici).

Nel caso di cui trattasi, non sarebbe in alcun modo possibile prescindere dal dato economico risultante dalla gara, né modificarlo.

IRCCS di natura pubblica

[Handwritten signature]



DETERMINAZIONE N.

2200

del

06 OTT. 2015

Atti n.

1482/2014 – all. 189

Colpisce, infine, il coinvolgimento nel procedimento avviato da Johnson & Johnson Medical Spa, ai sensi dell'art. 243-bis T.U. contratti pubblici, di cui trattasi, delle Direzioni Generali delle Fondazioni IRCCS e delle Aziende Ospedaliere che hanno condiviso con la Fondazione IRCCS "Ca' Granda – Ospedale Maggiore Policlinico", in qualità di amministrazione capofila, la procedura aperta conclusasi con l'aggiudicazione disposta mediante la determinazione n. 1321/2015.

L'iniziativa è sicuramente abnorme – se solo ci si sofferma sulla completa autonomia, rispetto alla sfera di attribuzioni e di responsabilità proprie degli altri enti partecipanti all'unione d'acquisto di cui si è parlato, della decisione assunta dalla Fondazione IRCCS "Ca' Granda – Ospedale Maggiore Policlinico" con la determinazione n. 1872/2015 – e potrebbe financo ritenersi vagamente intimidatoria, se non si trattasse di iniziativa proveniente da primario operatore economico nel settore bio medico e fra i più importanti fornitori degli enti sanitari pubblici della Lombardia e d'Italia.

Per le su estese ragioni, lo scrivente Direttore dell'U.O.C. Approvvigionamenti non ritiene potersi accogliere l'istanza formulata da Johnson & Johnson Medical Spa e propone di rigettare l'istanza di annullamento in via di autotutela della determinazione n. 1872 dell'11 agosto 2015 avanzata, con lettera in data 28 settembre c.a., dal prof. avv. Mario Zoppellari del Foro di Bologna, in nome e per conto della Società Johnson & Johnson Medical Spa.

Con osservanza.

Il Direttore
dell'UOC Approvvigionamenti
Gianluca Bracchi"

Ritenuto di condividere quando dedotto e proposto dal Direttore dell'U.O.C. Approvvigionamenti nella relazione sopra integralmente riportata;

Con i pareri favorevoli del Direttore Sanitario e del Direttore Amministrativo,

DETERMINA

per tutto quanto sopra esposto, di rigettare l'istanza 28 settembre 2015, trasmessa in pari data, avanzata, a mente dell'art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006, dal prof. Avv. Mario Zoppellari del Foro di

IRCCS di natura pubblica



FONDAZIONE IRCCS CA' GRANDA
OSPEDALE MAGGIORE POLICLINICO

2200

Pag. 6

DETERMINAZIONE N.

del 06 OTT. 2015

Atti n. 1482/2014 – all. 189

Bologna, in nome e per conto della Soc. Johnson & Johnson Medical Spa, per l'annullamento, in via di autotutela, della determinazione 11 agosto 2015 n. 1872.

IL DIRETTORE GENERALE

(Dr. Luigi Macchi)

IL DIRETTORE SANITARIO

(Dr.ssa Anna Pavan)

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO

(Dott.ssa Francesca Fancelli)

REGISTRATA NELL'ELENCO DELLE DETERMINAZIONI
IN DATA 06 OTT. 2015 AL N. 2200

PROCEDIMENTO PRESSO L'U.O.C. APPROVVIGIONAMENTI

IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO: Avv. Gianluca Bracchi

PRATICA TRATTATA DA: Sig.ra Luciana Colombo – Dott. Roberto Polli

PR

W

IRCCS di natura pubblica

Sistema Sanitario



Regione
Lombardia