



SERVIZIO SANITARIO REGIONALE
EMILIA-ROMAGNA
Azienda Ospedaliero - Universitaria di Modena

DELIBERAZIONE DEL DIRETTORE GENERALE

N° 196 del 14/11/2018

OGGETTO: APPROVAZIONE MEDIANTE RECEPIMENTO REGOLAMENTO AVEN PER L'ACQUISTO DI BENI E SERVIZI IN REGIME DI INFUNGIBILITA' ED ESCLUSIVITA' TECNICA DI CUI ALL'ART. 63 DEL CODICE APPALTI PUBBLICI (D.LGS. 50/2016)

PROPONENTE: Servizio Unico Acquisti e Logistica.

IL DIRETTORE GENERALE

- Richiamato il D.Lgs. 18 aprile 2016 n 50 smi "Codice dei Contratti Pubblici".
- Considerato che l'art. 63 del predetto Codice:
 - afferma, nel primo comma, che le amministrazioni possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti;
 - precisa, nei commi successivi, i casi e le circostanze, costituenti i "presupposti" di ricorso alla predetta procedura, prevedendone un'elencazione comune agli appalti di lavori, servizi e forniture (comma 2), un'ulteriore serie di casi specifica per appalti di forniture (comma 3), un ulteriore caso specifico per gli appalti di servizi (comma 4) nonché l'ambito ed i limiti del ricorso alla procedura in oggetto per ripetizione di lavori e servizi analoghi a quelli già aggiudicati mediante le procedure ordinarie di cui all'art. 59, comma 1 (comma 5).
- Dato atto che, ai sensi del citato comma 2, nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata:
 - a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su sua richiesta. Un'offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati nei documenti di gara. Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi dell'articolo 80 DLgs 50/2016 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 83;
 - b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:
 - 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;
 - 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici;
 - 3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto;
 - c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.
- Dato, inoltre, atto che, ai sensi del comma 3 dell'art. 63, nel caso di appalti pubblici di forniture, la procedura negoziata senza bando è consentita anche nei casi seguenti:
 - a) qualora i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo, salvo che si tratti di produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo;
 - b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di

forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;

- c) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;
- d) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

- Precisato che, ai sensi del comma 4, la procedura negoziata senza bando è, altresì, consentita negli appalti pubblici relativi ai servizi qualora l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso. In quest'ultimo caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.
- Precisato che la procedura negoziata senza pubblicazione di bando può essere utilizzata anche per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 59, comma 1. Il progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati. La possibilità di avvalersi della procedura prevista dal presente articolo è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'articolo 35, comma 1. Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.
- Richiamate le linee guida n. 8 emanate dall'Autorità nazionale anticorruzione Anac, con determina 19/09/2017, aventi ad oggetto il ricorso a procedure negoziate senza bando per forniture e servizi ritenuti infungibili.
- Preso atto che il Dipartimento Interaziendale Acquisti delle Aziende Sanitarie dell'Area Vasta Emilia Nord, di concerto con i Servizi Tecnici delle Aziende Sanitarie, ha definito uno schema di regolamento per l'acquisto di beni e servizi in regime di infungibilità ed esclusività tecnica di cui all'art. 63 del codice appalti pubblici (d.lgs. 50/2016), con specifico riferimento, pertanto, alle modalità applicative della procedura negoziata per il caso di cui all'art. 63, comma 2, lett. b) n. 2, cioè *assenza di concorrenza per motivi tecnici*.
- Ritenuto opportuno richiamare, al riguardo, la distinzione delineata dalle citate linee guida Anac n. 8, tra i concetti di "esclusività" (anche, esclusiva o privata) e "infungibilità": L'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, secondo cui solo il titolare di un diritto di esclusiva (brevetto) può sfruttare economicamente un certo prodotto o servizio, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno. Ne deriva, tra l'altro, che l'esistenza di un diritto esclusivo non implica che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi. Peraltro, anche in presenza di un diritto esclusivo potrebbero esistere distributori indipendenti o operatori economici che accedono al bene, che possono offrire, in concorrenza tra loro, un determinato prodotto o servizio.
- Considerato che il Regolamento definito nell'ambito di Aven è fondato sui seguenti principi logico-giuridici:
 - si intendono "infungibili" prodotti o servizi non equivalenti ad altri, né per utilità né per valore e, quindi, non interscambiabili con altri. Più specificatamente, nell'acquisto di beni e servizi di natura sanitaria, l'infungibilità attiene alla

manca di una alternativa diagnostica, terapeutica o tecnica, e cioè ad aspetti funzionali o di risultato;

- un bene o servizio può essere infungibile, anche se non vi è alcun brevetto sullo stesso e, per converso, un bene può essere sostituibile a un altro soggetto a privativa industriale, in quanto permette di soddisfare il medesimo bisogno garantito dal secondo;
 - tra prodotti e servizi, anche se giuridicamente definibili quali esclusivi, aventi specifiche tecniche che consentano prestazioni tra loro equivalenti, si deve sempre procedere al confronto concorrenziale basato, se necessario, oltre che sul prezzo, anche sulla valutazione di elementi qualitativi, mediante procedure stabilite dal Codice degli appalti;
 - i prodotti e servizi, che - per specifiche caratteristiche tecniche non presenti in prodotti o servizi analoghi - non risultino interscambiabili con altri prodotti, beni durevoli o servizi, possono definirsi di produzione "unica ed esclusiva". In tal caso l'acquisto da un operatore economico determinato è ammissibile soltanto se il prodotto è anche "infungibile".
- Considerato, perciò, che, come si legge nelle linee guida Anac n. 8 *"per i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili, il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto deroghe all'evidenza pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse. Naturalmente, trattandosi di una deroga all'evidenza pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione"*.
 - Ritenuto opportuno recepire il citato regolamento concordato in ambito Aven, approvato dal Comitato dei direttori generali delle aziende sanitarie associate, per disciplinare le modalità procedurali attraverso le quali comprovare le caratteristiche che rendono un prodotto o un servizio infungibile in un determinato contesto clinico, tecnico ed organizzativo.
 - Dato atto che, come espressamente stabilito all'art. 7, il predetto regolamento è applicabile anche alle procedure di interesse meramente aziendale, fatti savi gli opportuni adattamenti.
 - Su conforme proposta del Responsabile del Servizio Unico Acquisti e Logistica.
 - Acquisito il parere favorevole del Direttore Amministrativo e del Direttore Sanitario.

DELIBERA

- a) di recepire il regolamento per l'acquisto di beni e servizi in regime di infungibilità ed esclusività tecnica di cui all'art. 63 del codice appalti pubblici (d.lgs. 50/2016), in allegato al presente atto quale integrante e sostanziale al presente atto e l'acclusa modulistica;
- b) di stabilire, ai sensi dell'art. 7 del regolamento "Applicazione alle procedure d'interesse aziendale", che la disciplina del regolamento trovi applicazione anche per le procedure di interesse aziendale, con gli opportuni adattamenti richiesti dalla competenza azienda e di relativo apposito schema di avviso esplorativo;
- c) di stabilire che responsabile del procedimento è la dott.ssa Sabrina Amerio, dirigente responsabile del Servizio Unico Acquisti e Logistica;
- d) di trasmettere copia del presente atto al Collegio Sindacale, ai sensi dell'art. 18, comma 4 della L.R. n. 9/2018, nonché al Responsabile della Trasparenza e della Prevenzione della Corruzione e alla Direzione Operativa dell'Area Vasta Emilia Nord;
- e) di pubblicare, ai sensi dell'art. 32 della L. n. 69/2009, il presente atto all'albo on line aziendale.

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO
(Dott. Lorenzo Broccoli)

IL DIRETTORE SANITARIO
(Dott. Luca Sircana)

IL DIRETTORE GENERALE
(Dott. Ivan Trenti)