



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5686 del 2012, proposto da: Federazione Italiana Tra Operatori Nelle Tecniche Ortopediche - F.I.O.T.O., Diemmepi Ortopedia e Sanitari S.r.l., Podo-Ortesi Medical S.r.l., F.lli Ricci S.n.c. di Ricci Antonio & C., Ortopedia Petta S.r.l., Ortopedia Pisano S.a.s. di Pisano Donato & C., Ortopedia e Corsetteria Aldo Riccio e Figli S.a.s. di Fulvio Riccio, Messina Renato e Morelli Anna S.n.c., Ortopedia Coviello S.r.l. A Cr., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avv. Luigi Adinolfi, con domicilio eletto in Napoli, alla via del Parco Margherita, 34 (presso lo studio dell'avv. Stefano Caserta);

contro

A.S.L. Napoli 2 Nord, in persona del Direttore Generale p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Benvenuto Fabrizio Capaldi, con il quale è domiciliata in Napoli, presso la Segreteria del T.A.R. Campania, ai sensi dell'art. 25 del c.p.a.;

per l'annullamento

previa sospensione

della delibera n.73 dell'11.9.2012 dell'A.S.L. Napoli 2 Nord di indizione della gara di appalto per l'affidamento del servizio di ricondizionamento, inventariazione, manutenzione, informatizzazione, riparazione, igienizzazione, magazzinaggio, consegna e ritiro a domicilio di protesi ed ausili non personalizzati di cui all'elenco n.1, n.2 e n.3 del D.M. n.332 del 1999.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.S.L. Napoli 2 Nord;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 aprile 2013 il dott. Pierluigi Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La F.I.O.T.O. e le otto ortopedie individuate in epigrafe hanno impugnato la delibera n.73 dell'11.9.2012 ed il bando spedito alla G.U.C.E. il 24.9.2012 con cui l'A.S.L. Napoli 2 Nord ha indetto una gara di appalto per l'affidamento del servizio di ricondizionamento, inventariazione, manutenzione, informatizzazione, riparazione, igienizzazione, magazzinaggio, consegna e ritiro a domicilio di protesi ed ausili di cui all'elenco n.1 (non personalizzati), n.2 e n.3 del D.M. n.332 del 1999.

Richiamando la sentenza di questa Sezione n.9418 del 2008, con cui sono stati annullati gli atti relativi ad un'analogo gara indetta in precedenza dalla stessa amministrazione, le ricorrenti hanno dedotto dieci motivi di diritto, lamentando: violazione e falsa applicazione del D.M. 27 agosto 1999 n.332, dell'art. 32 Cost., della L. 9 febbraio 1999 n.30, della Convenzione per la salvaguardia dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, della L. 5 febbraio 1992 n.104 e

del D.P.C.M. 29 novembre 2001 – eccesso di potere per sviamento, perplessità, difetto di istruttoria – violazione del principio di libera scelta da parte dell'assistito, dei principi in tema di concorrenza e di mercato, dei principi di certezza degli atti di gara, di rispetto della par condicio di proporzionalità e massima partecipazione – incompetenza – violazione dell'art.1, comma 2, e dell'art.15 del D.L. 6.7.2012 n.95, conv. In L. n.135 del 7.8.2012, nonché dell'art.2 del D. Lgs. n.163 del 2006 – eccesso di potere e sviamento per mancato frazionamento in lotti – violazione dell'art.23, comma 7, del D. Lgs. n.46 del 1997 – violazione dell'art. 6, comma 1, della L.R. n.28 del 24.12.2003 – violazione della delibera di Giunta Regionale n.515 del 30.3.2007 – incompetenza dell'A.S.L. – eccesso di potere per irragionevolezza e favoritismo per i soggetti presenti sul territorio attraverso l'introduzione di un requisito di partecipazione di natura territoriale.

Si è costituita in giudizio la ASL NA 2 Nord, che ha concluso per il rigetto della domanda.

Con ordinanza n.100 pronunciata nella camera di consiglio del 23 gennaio 2013 è stata fissata l'udienza di trattazione del merito del ricorso.

Alla pubblica udienza del 24 aprile 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. E' controversa la legittimità degli atti con cui l'A.S.L. Napoli 2 Nord ha indetto una gara di appalto *“per l'affidamento del servizio triennale di ricondizionamento, inventariazione, manutenzione, informatizzazione, riparazione, igienizzazione, magazzino, consegna e ritiro a domicilio di protesi ed ausili di cui all'elenco n.1 (non personalizzati), n.2 e n.3 del D.M. n.332 del 1999”*.

La F.I.O.T.O. e le otto ortopedie individuate in epigrafe si oppongono allo svolgimento della procedura richiamando la sentenza di questa Sezione n.9418 del 2008, con cui sono stati annullati gli atti relativi ad altra simile gara indetta in precedenza dalla stessa amministrazione.

Il ricorso è fondato.

2. Va precisato che l'odierna fattispecie non è del tutto identica a quella appena evocata in quanto, mentre l'antecedente procedura (indetta con delibere n.1373 del 18.12.2007 e n.1156 del 26.10.2007) comprendeva nell'oggetto dell'appalto anche *la fornitura* dei medesimi prodotti, il nuovo bando ha espunto la detta prestazione dall'ambito di quelle messe a concorso, secondo la descrizione delle articolate attività ricomprese nel servizio riportate nell'*incipit*.

Tuttavia, osserva il Collegio, pure il nuovo bando urta con le previsioni normative contenute nel decreto del Ministero della Sanità 27 agosto 1999, n. 332, recante il regolamento per le prestazioni di assistenza protesica erogabili nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, anche alla luce dei condivisibili principi delineati nella citata decisione.

3. Giova premettere che il menzionato regolamento, all'art. 1, comma 2, prevede che: ” *l'elenco n. 1 del nomenclatore contiene i dispositivi (protesi, ortesi e ausili tecnici) costruiti su misura e quelli di serie la cui applicazione richiede modifiche eseguite da un tecnico abilitato su prescrizione di un medico specialista ed un successivo collaudo da parte dello stesso. L'elenco n. 1 contiene, altresì, i dispositivi di fabbricazione continua o di serie finiti che, per essere consegnati ad un determinato paziente, necessitano di essere specificamente individuati e allestiti a misura da un tecnico abilitato, su prescrizione del medico specialista. I dispositivi contenuti nell'elenco n. 1 sono destinati esclusivamente al paziente cui sono prescritti. La loro applicazione è effettuata da un tecnico in possesso del titolo abilitante all'esercizio della specifica professione o arte sanitaria ausiliaria, ai sensi del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, dell'articolo 6 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 e successive modificazioni e integrazioni e dell'articolo 4 della legge 26 febbraio 1999, n. 42*”; il terzo comma, invece, stabilisce che “*l'elenco n. 2 del nomenclatore contiene i dispositivi (ausili tecnici) di serie la cui applicazione o consegna non richiede l'intervento del tecnico abilitato*”, mentre il quarto comma dispone che “*l'elenco n.*

3 del nomenclatore contiene gli apparecchi acquistati direttamente dalle aziende unità sanitarie locali (Usl) ed assegnati in uso con le procedure indicate nell'articolo 4”.

Ne discende una precisa differenza a livello normativo tra gli ausili di cui all’elenco n.1, per i quali è comunque previsto l’intervento di un tecnico che, a seconda delle specifiche esigenze del paziente, apporta adattamenti particolari al presidio, da quelli di cui agli elenchi 2 e 3 che non comprendono una siffatta personalizzazione. Come chiarito nella già citata sentenza n. 9418/2008, la suindicata distinzione ha poi specifiche conseguenze riguardo alla diversificazione dei sistemi di approvvigionamento; infatti, l’art. 3 del regolamento, a proposito dei fornitori di dispositivi protesici, stabilisce al primo comma che *“per l'erogazione dei dispositivi definiti «su misura» ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera d), del decreto legislativo 24 febbraio 1997, n. 46, inclusi nell'elenco 1 del nomenclatore di cui all'allegato 1, le regioni e le aziende Usl si rivolgono ai soggetti iscritti presso il Ministero della sanità ai sensi dell'articolo 11, comma 7, del citato decreto legislativo n. 46 del 1997. A tal fine il contenuto della banca dati di cui al comma 7 dell'articolo 11 del medesimo decreto legislativo è messo a disposizione delle regioni?”* e che *“per l'erogazione dei restanti dispositivi inclusi nell'elenco 1 del nomenclatore di cui all'allegato 1, le regioni e le aziende Usl si rivolgono ai soggetti autorizzati all'immissione in commercio, alla distribuzione o alla vendita ai sensi della normativa vigente, che dispongano del tecnico abilitato di cui all'articolo 1, comma 2, operante in nome e per conto del fornitore mediante un rapporto di dipendenza o professionale che ne assicuri la presenza per un orario tale da garantire la fornitura dei dispositivi entro i termini previsti dall'articolo 4, comma 7”*; invece, il quarto comma prevede che *“per l'erogazione dei dispositivi inclusi negli elenchi 2 e 3 del nomenclatore di cui all'allegato 1, le regioni o le aziende Usl stipulano contratti con i fornitori aggiudicatari delle procedure pubbliche di acquisto di cui all'articolo 8, comma 2”*. La differenza trova corrispondenza anche nella previsione di cui all’art. 8 del regolamento, che per gli ausili di cui all’elenco n. 1 fa riferimento ad un regime

tariffario minimo, mentre per i dispositivi di cui agli elenchi n. 2 e n. 3 individua un regime di prezzi risultante dall'espletamento di gare pubbliche.

Inoltre, l'art.4, ai commi 12 e 13, stabilisce quanto segue: *“I dispositivi protesici di cui agli elenchi 1 e 2 del nomenclatore allegato si intendono ceduti in proprietà all'assistito, fatta salva la facoltà delle regioni di disciplinare modalità di cessione in comodato dei dispositivi per i quali sia possibile il riutilizzo, allo scopo di conseguire economie di gestione, prevedendo comunque l'obbligo dell'azienda cedente di garantire la perfetta funzionalità e sicurezza dei dispositivi e di fornire all'assistito le istruzioni previste dalla normativa vigente. I fornitori sono tenuti all'adempimento degli obblighi di cui al comma 11 anche nei confronti dei soggetti ai quali i dispositivi sono ceduti in proprietà.*

L'azienda USL proprietaria degli apparecchi di cui all'elenco 3 del nomenclatore è tenuta ad assicurarne la perfetta funzionalità e la sicurezza ed a fornire all'assistito le istruzioni previste dalla normativa vigente. I contratti stipulati con i fornitori dei suddetti apparecchi prevedono la manutenzione e la tempestiva riparazione per tutto il periodo di assegnazione in uso all'assistito”.

4. Alla stregua delle previsioni normative contenute nel citato regolamento, la Sezione ha condivisibilmente ritenuto, nel già richiamato precedente, che *“per l'erogazione della fornitura degli ausili di cui all'elenco n. 1 non è consentita la preventiva individuazione di un solo e specifico fornitore cui i pazienti devono necessariamente rivolgersi nell'ambito del S.S.N. e quindi la possibilità di indizione di una gara pubblica a tal fine; deve quindi ritenersi corretta l'interpretazione del regolamento in questione resa sia dalla Regione Campania che dal Ministero della Salute che hanno posto la sostanziale distinzione tra modalità di approvvigionamento degli ausili di cui agli elenchi 2 e 3 mediante pubbliche gare con successiva individuazione del prezzo e facoltà di scelta da parte del paziente della sua ortopedia di fiducia tra tutte quelle ritenute idonee allo svolgimento dell'attività nell'ambito del SSN e quindi iscritte in specifico elenco ed eroganti una prestazione personalizzata assoggettata non già ad un prezzo di mercato ma ad un più restrittivo regime tariffario; d'altronde, siffatta distinzione trova la sua ragione d'essere proprio nel principio generale di libera scelta da parte dell'assistito del soggetto*

erogatore della prestazioni sanitaria richiesta, posto come cardine fondamentale della riforma del SSR di cui al D.Lgs. 30.12.1992 n. 502; né potrebbe ritenersi un tale assetto contrario ai principi comunitari in materia di concorrenza, in quanto, al contrario, affidare la scelta del soggetto erogatore al singolo assistito costituisce piena espressione del principio di concorrenza e di libero mercato; ed è evidente che di fronte ad un sistema che esclude il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica, irrilevante appare ogni valutazione in termini di risparmio di spesa adottata dalla stazione appaltante”.

5. Ciò premesso, il Collegio ritiene che anche l'articolato servizio congegnato dall'amministrazione, che sostanzialmente passa attraverso le fasi del *ritiro* di tutti gli ausili non più utilizzati, della loro eventuale (se conveniente) *riparazione ed igienizzazione* e, infine, della *consegna* dei presidi ricondizionati agli aventi titolo, ancorchè motivato da apprezzabili finalità di contenimento della spesa sanitaria, si pone in ineludibile contrasto con la disciplina regolamentare sopra descritta.

Invero, come lamentato nel settimo motivo, la presa in carico dei dispositivi protesici già usati di cui ai menzionati elenchi 1 e 2, viola il disposto dell'art. 4, comma 12, del D.M. 332/1999, atteso che gli stessi, a differenza di quelli indicati nell'elenco 3, si “*intendono ceduti in proprietà all'assistito, fatta salva la facoltà delle regioni di disciplinare modalità di cessione in comodato dei dispositivi per i quali sia possibile il riutilizzo, allo scopo di conseguire economie di gestione*”. Ne discende che, in assenza di normativa regionale in materia – circostanza questa non contestata tra le parti – l'A.S.L. non poteva di sua iniziativa obliterare la richiamata, superiore normativa nazionale.

Analogamente, anche la successiva attività di riassegnazione e consegna dei dispositivi riparati di cui all'allegato elenco 1 ad un nuovo disabile, come denunciato nel primo motivo, stride col principio generale di libera scelta da parte dell'assistito del soggetto erogatore della prestazione sanitaria richiesta, per le medesime ragioni esplicitate nella sentenza n. 9418/2008, sopra riportate per esteso, che vanno pertanto confermate e ribadite anche in questa sede.

6. Il favorevole scrutinio delle suesposte censure consente di accogliere il ricorso, restando assorbiti gli ulteriori motivi non esaminati.

La fondatezza del ricorso comporta l'annullamento di tutta la gara, non essendo stato il servizio distinto in specifici lotti, con la conseguente impossibilità di applicazione del principio di conservazione degli atti amministrativi, tenuto conto che la procedura imponeva alle imprese aspiranti di valutare l'operazione economica come unitaria, cioè comprensiva di tutti i presidi di cui agli elenchi nn. 1, 2 e 3 del D.M. 27 agosto 1999 n. 332.

7. Le spese processuali seguono la soccombenza e vengono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna l'A.S.L. Napoli 2 Nord a rimborsare alla parte ricorrente gli onorari e le spese del presente giudizio, che si liquidano in € 2.000,00 (duemila) oltre al contributo unificato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 24 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere, Estensore

Carlo Dell'Olio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)