

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sede di Roma -

Sezione III quater

composto dai seguenti magistrati:

Dr. Mario Di Giuseppe	- Presidente
Dr. Linda Sandulli	- Consigliere relatore
Dr. Umberto Realfonzo	- Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 7725 del 2008 proposto dalla Federazione Italiana Operatori nella Tecnica Ortopedica, il Centro Ortopedico, l'Italo American Ortopedic e l'Ortopedia Zimbile, rappresentati e difesi dall'avvocato Antonio Capitella ed elettivamente domiciliati presso il suo studio in Roma, Piazza del Risorgimento 36;

CONTRO

L'Azienda Unità Sanitaria Locale Roma B, in persona del direttore generale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Micheli e Mauro Alicandro ed elettivamente domiciliata presso la sua sede legale in Roma, Via Filippo Meda 35; nonchè

CONTRO

La Sapio Life srl, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Rosaria Ambrosini e Stefano Vinti, ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, Via Emilia 88 e

L'ATI De Rosa sas, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Sorgente ed elettivamente domiciliata presso la dr.ssa Anna Bei in Roma alla Via Ovidio n. 10 (Studio Commercialista Rosati);

per l'annullamento

della delibera n. 763 del 2008 adottata dall'AUSL Roma B il 17 giugno 2008, di affidamento alle controinteressate della fornitura di ausili inclusi negli elenchi 2 e 3 del D.M. 332/ 1999, per un anno a far data dal 1° luglio 2008;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti della causa;

Nominato relatore all'Udienza Pubblica del 28 gennaio 2009 il consigliere dr. Linda Sandulli e sentiti gli avvocati come da verbale d'udienza ;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso i cui estremi sono riferiti in epigrafe i soggetti ivi nominati impugnano, chiedendone l'annullamento, l'assegnazione della fornitura degli ausili inclusi negli elenchi 2 e 3 del D.M. 332/ 1999, per un anno a far data dal 1° luglio 2008, in favore delle imprese controinteressate.

Deducono i sottoindicati motivi:

- 1) Violazione dell'articolo 8, comma 2, del D.M. n. 332 del 1999; della delibera n. 396 del 2005 della Giunta Regionale del Lazio e del provvedimento ravvisabile nella nota n. 25513/4J/09-506

del 5 marzo 2008, adottato dal Dipartimento Sociale della Regione Lazio.

- 2) Violazione ed erronea applicazione dell'articolo 57, paragrafo 5, lettera b) D.Lgs. n. 163 del 2006 e dell'articolo 23, comma 1, della legge n. 62 del 2005.
- 3) Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità, travisamento, carenza ed erronea istruttoria.

Si sono costituite in giudizio sia l'Amministrazione intimata che le controinteressate.

Tutte hanno depositato una memoria nella quale hanno controdedotto alle argomentazioni di parte ricorrente e chiesto il rigetto del gravame. All'udienza pubblica del 28 gennaio 2009 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

La Federazione ricorrente è un'associazione di categoria tra imprese che operano nel settore della fabbricazione e commercializzazione di dispositivi e ausili ortopedici.

Impugna gli atti con i quali l'Azienda sanitaria intimata, dopo aver chiesto la disponibilità alla stipula di contratti di fornitura a due imprese aggiudicatarie di una gara a procedura aperta, svolta da un'altra Azienda sanitaria (AUSL Roma C) ed aver ottenuto l'adesione da tali imprese - che si sono, anche, impegnate a praticare un ulteriore sconto del 5% sul prezzo stabilito - ha recepito l'aggiudicazione dell'altra AUSL e affidato la fornitura degli ausili compresi negli elenchi 2 e 3 del D.M. n. 332 del 1999 a queste ultime,

per un anno a decorrere dal luglio 2008 e nelle more dell'espletamento di una propria gara pubblica.

Contesta l'operato dell'Azienda intimata con tre distinte censure.

La prima riguarda la violazione dell'articolo 8, comma 2, del D.M. n. 332 del 1999, della delibera della G.R. del Lazio n. 396/2005 e del provvedimento di cui al protocollo 25513/4J/09-506 del 5 marzo 2006 del dipartimento sociale della Regione Lazio.

La censura si incentra sull'interpretazione della delibera n. 1308/05 dell'Ausl Roma C e sulla violazione delle norme applicate.

Assume la ricorrente che il presupposto dal quale si sarebbe mossa l'AUSL Roma B, dell'aggiudicazione di una gara per la fornitura di ausili ortopedici con contratto di somministrazione in favore delle due odierne controinteressate, da parte dell'AUSL Roma C, ed il recepimento di tale esito da parte della prima, sarebbe errato alla luce del quadro normativo definito dalle norme sopra riferite che non consentirebbero di ritenere una delibera di aggiudicazione quella dell'AUSL Roma C.

Le norme evocate non consentirebbero, infatti, ad una gara indetta ai sensi dell'articolo 8, comma 2, del D.M. n. 332 del 1999 di aggiudicare la fornitura atteso che la stessa servirebbe, unicamente, a stabilire il prezzo massimo dei dispositivi indicati negli elenchi 2 e 3 del D.M. 332 del 1999.

Rileva, poi, che una procedura così concepita, di affidamento ad un unico fornitore della fornitura di tali presidi ortopedici, non sarebbe

ammissibile in quanto determinerebbe un ingiustificato monopolio in favore di questo e violerebbe la libertà di scelta dell'utente.

La censura, a prescindere dal merito delle questioni sollevate sulle quali il Collegio tornerà subito dopo, si rivela infondata relativamente alla delibera dell'Ausl Roma C, costituente il presupposto di quella impugnata.

Senza possibilità di equivoci, nella delibera adottata dall'AUSL Roma C, n. 1308/2005, dopo le necessarie premesse, si prevede “ di prendere atto delle decisioni assunte dalla commissione di gara nelle riunioni di cui agli uniti verbali nn. 1 – 2 e 3 e 4 conseguentemente *di aggiudicare le forniture oggetto della gara alla Sapio Life e ATI De Rosa..*”

Ne consegue che quel falso presupposto costituito da una delibera che non sarebbe di aggiudicazione ma di definizione del prezzo massimo riconoscibile agli ausili ortopedici da fornire, nel caso di specie, non sussiste.

Viene, ora, in rilievo l'interpretazione delle norme richiamate, vale a dire l'articolo 8 del D.M. n 332 del 1999; la delibera della G.R.Lazio n. 396 del 2005 e la nota del Dipartimento sociale della medesima Regione n. del 5 marzo 2008 sulle quali si fonda la delibera impugnata, secondo quanto implicitamente riconosciuto dalle medesime parti costituite.

L'articolo 8, comma 2, del D.M. 332 del 1999 intitolato “Tariffe e prezzi di acquisto dei dispositivi protesici.” ha introdotto una procedura pubblica di acquisto che le Aziende Unità Sanitarie Locali

debbono seguire per la determinazione dei prezzi massimi erogabili “anche in forma associata, anche al fine di garantire la capillarità della distribuzione dei dispositivi protesici, il rispetto di standard di qualità e la disponibilità di una gamma di modelli idonea a soddisfare specifiche esigenze degli assistiti”.

Si tratta di norma tesa ad assicurare il corretto punto di equilibrio tra la qualità (standard di qualità e varietà dei modelli disponibili) degli ausili ortopedici da fornire e il prezzo sopportabile dal bilancio della Regione e che ha come finalità quella di assicurare oltre al contenimento della spesa pubblica, la gestione di una spesa “prevista” proprio in ragione della preventiva determinazione dei prezzi.

I dispositivi (protesi, ortesi e ausili tecnici) ai quali la stessa si riferisce sono diversi da quelli costruiti su misura o di serie, che necessitano, però, di modifiche eseguite da un tecnico abilitato e di un successivo collaudo da parte del predetto tecnico o quelli di fabbricazione di serie che, per essere consegnati ad un determinato paziente, necessitano di essere specificamente individuati e allestiti a misura da un tecnico abilitato, cioè quelli contenuti nell'elenco n. 1 (per i quali vige un tariffario minimo) ma si riferisce agli ausili tecnici di serie (elenco n. 2) e agli apparecchi acquistati direttamente dalle aziende USL e da assegnarsi in uso agli invalidi (elenco n. 3).

Dispositivi, questi ultimi, per la cui fornitura il comma 2, dell'articolo 8 del DM prima menzionato, ha previsto l'indizione di procedure pubbliche di acquisto espletate secondo la normativa vigente e finalizzate alla determinazione dei prezzi.

Le procedure anzidette, destinate alla determinazione del prezzo, non possono prescindere, inoltre, dalle esigenze di capillarità della distribuzione dei dispositivi protesici che, secondo quanto precisa la Regione Lazio nella delibera di Giunta n.396 del 25 marzo 2005 “trova fondamento in percorsi riabilitativi individualizzati, in cui l’utilizzo del dispositivo medico, comportando inevitabilmente un adattamento alle esigenze della singola persona, prevede anche il gradimento personale di chi lo utilizza” e dalle ulteriori esigenze, sempre precisate dalla Regione Lazio, secondo cui se “il ricorso alle tradizionali procedure pubbliche di acquisto da un lato è in grado di comportare economie di spesa,...dall’altro mal si concilia con l’esigenza di garantire un idoneo livello qualitativo di assistenza ai disabili in termini di scelta di marche e tipologia del prodotto che deve inevitabilmente risultare rispondente alla patologia dell’avente diritto nonchè con l’esigenza di un adeguato servizio comprendente manutenzione ordinaria e/o straordinaria a cura di una rete distributiva territoriale in grado di erogare tempestivamente gli ausili tecnici inclusi nell’elenco 2 e 3 del D.M. 332/99”.

Rafforza il procedimento descritto la previsione contenuta nella nota richiamata dalla ricorrente nella quale si precisa che il procedimento di gara per la determinazione del prezzo mediante procedure di gara “costituisce solo uno degli strumenti idonei a determinare il prezzo di rimborso dei dispositivi, ferma restando la facoltà dell’assistito, di rivolgersi ad imprese che siano in grado di erogare il presidio”

Queste le argomentazioni svolte dalla Regione Lazio a proposito del meccanismo previsto dal D. M. 332 del 1999, per l'acquisto e la fornitura di materiale del tutto peculiare qual'è quello in esame, che danno conto, a giudizio del Collegio, della ragione del procedimento previsto dal D.M. più volte richiamato che, effettivamente, può ritenersi introdotto al solo e unico scopo della determinazione del massimo prezzo di rimborso da parte della Regione di determinati ausili.

Si tratta di un meccanismo che non tocca la libera concorrenza tra imprese, ma che al contrario esalta tale possibilità considerato che consente a molti soggetti economici e non soltanto a pochi, di "entrare" nel mercato, e che trova la propria giustificazione nella necessità che i pazienti siano meglio garantiti dalla possibilità di una vasta scelta di tipologie e di marche, sicuramente superiore a quella di cui si potrebbero giovare nell'ipotesi della concentrazione dell'offerta in uno o poche imprese, e dalla possibilità di un servizio per la manutenzione ordinaria e straordinaria a cura di una idonea rete distributiva."

Alla luce delle argomentazioni svolte non può che concludersi per l'illegittimità della delibera dell'AUSL Roma C alla quale l'Azienda resistente ha fatto rinvio.

Senonchè tale delibera, quella dell'AUSL Roma C, è ormai intangibile atteso che la Federazione ricorrente pur mettendone in discussione la portata, che a giudizio del Collegio appare chiara, non risulta averla impugnata.

Non trattandosi di atto nullo considerato che non manca degli elementi essenziali e non può dirsi viziato da difetto assoluto di attribuzione, e neppure che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, secondo quanto prescrive l'articolo 21 septies della L. 241 del 1990, ma adottato in violazione di legge ex articolo 21 octies della predetta legge, lo stesso andava, tempestivamente, gravato.

Va ora esaminata la seconda censura con la quale la ricorrente lamenta la violazione dell'articolo 57, par. 5, lett.b) del D. Lgs. 163/06 e dell'articolo 23, comma 1 della l. 62/05.

Partendo dal rilievo che le due controinteressate sono state individuate non sulla base di una procedura di gara ma mediante il richiamo ai risultati di una gara indetta e svolta da altra Azienda sanitaria ed estensione, previa istruttoria, di quei risultati, la Federazione ricorrente richiama le norme menzionate e ne lamenta la violazione.

Replicano le controparti costituite che la procedura seguita è stata ampiamente giustificata dalle esigenze di risparmio (a tale proposito esibiscono anche atti che comproverebbero ciò) e che la procedura seguita è quella prevista dal comma 2 dell'articolo 8 del D. M. 332 del 1999 che ammette che la scelta del contraente avvenga, anche in forma associata.

Nella fattispecie in esame, a loro avviso, l'associazione sarebbe intervenuta successivamente all'indizione e all'espletamento della gara ma ne costituirebbe, in ogni caso, attuazione.

La censura si rivela fondata nei termini che di seguito si indicheranno.

La prima delle due norme richiamate dalla Federazione ricorrente, vale a dire l'articolo 57, par. 5 lettera b) del D. Lgs. 163/06, si rivela del tutto inconferente riguardando, espressamente, i contratti pubblici relativi a lavori e gli appalti pubblici relativi ad un oggetto diverso da quello per cui è causa.

In realtà l'ipotesi all'esame può dirsi assimilabile ai contratti di fornitura e non a quelli di servizi e tanto meno ai lavori sicchè il richiamo ad essa si rivela improprio.

Viene ora in rilievo l'articolo 23 della legge n. 62 del 2005 il quale, nel modificare l'articolo 6, comma 2, della legge n. 537 del 1993, prescrive che:

“È vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi. I contratti stipulati in violazione del predetto divieto sono nulli”.

Anche questa norma si rivela, formalmente, inconferente atteso che ciò che viene in rilievo nella presente vicenda non è il rinnovo di un contratto scaduto ma la stipula di un contratto con soggetto vincitore di una gara svolta da altre stazioni appaltanti senza la previa indizione di alcuna gara.

E qui, occorre svolgere alcune precisazioni.

Secondo quanto precisato all'atto dell'esame del primo motivo di ricorso la normativa applicabile nel caso in esame è quella contenuta nel D. M. 332 del 1999 e a tale normativa, per arrivare ovviamente a conclusioni opposte, si rifanno le parti in causa.

In particolare sia l'Amministrazione resistente che la controinteressata sostengono che nel procedere nel senso contestato dalla ricorrente si sarebbero avvalse della possibilità riconosciuta dal comma 2, dell'articolo 8 del D.M. 332 del 1999 di avvalersi in forma associata senonchè nel caso in esame l'associazione tra la Azienda Sanitaria Roma C e l'Azienda Sanitaria Roma B sarebbe intervenuta successivamente mediante adesione alla gara indetta dalla prima.

L'argomento appare al Collegio fuorviante.

La possibilità di associarsi, effettivamente prevista dal comma 2 dell'articolo 8 del D.M. richiamato, è infatti da intendersi nel senso di svolgere una gara per la determinazione del prezzo rimborsabile ma prima che tale prezzo venga fissato e con l'apporto di tutti gli operatori interessati e non dopo che una gara è stata espletata da altri e fatta propria da chi vi ha interesse, mediante la via dell'adesione.

Depongono per tale soluzione, oltre al senso di logica comune, tutti i principi operanti sia nell'attività amministrativa (trasparenza, parità di condizioni e buon andamento) che le ulteriori specificazioni dei medesimi principi operanti in ambito comunitario e che permeano ogni attività di rilevanza economica.

Infatti, nel caso di attività di tale tipo, vale a dire avente rilevanza economica com'è innegabilmente quella in esame, secondo quanto precisato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 3 marzo 2008 n. 1, devono trovare, sempre, applicazione le regole della Comunità europea sulla concorrenza e, in particolare, gli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza, vale a dire i principi del Trattato,

che sono quelli della libera prestazione dei servizi (art. 49); della parità di trattamento e divieto di discriminazione (artt. 43 e 49) e della trasparenza e non discriminazione (art. 86, che vieta le misure di favore a vantaggio delle imprese che godono di diritti speciali o esclusivi e di quelle pubbliche).

In forza di tali principi, ogni interessato ha diritto di avere accesso alle informazioni adeguate prima che venga attribuito un servizio pubblico, in modo di manifestare il proprio interesse a conseguirlo (C. giust. CE, sez. I, 10 novembre 2005, C-29/04).

Inoltre, trasparenza e pubblicità devono essere date alla notizia dell'indizione della procedura di evidenza pubblica; imparzialità o non discriminatorietà devono determinare le regole di conduzione di questa.

In sostanza, in ogni attività di rilievo economico devono trovare applicazione i canoni fondamentali posti a tutela della concorrenza e della legalità.

Nè tali principi possono essere minimamente scalfiti dal risultato di economia della spesa raggiunto.

A prescindere da ogni ulteriore considerazione vi è da osservare che nessuno è in grado di stabilire quale sarebbe stata l'economia di spesa nel caso in cui alla competizione avessero partecipato anche altri soggetti esclusi, sicchè la dimostrazione che le controparti hanno reso sia in sede di memoria difensiva sia in occasione delle memorie conclusionali non servono a raggiungere lo scopo.

La censura esaminata si rivela pertanto, fondata.

Resta da esaminare il terzo motivo di ricorso con il quale la Federazione ricorrente lamenta l'eccesso di potere sotto molteplici profili , sostanzialmente per non aver risolto di diritto i contratti stipulati con le controinteressate all'atto dell'introduzione della nuova disciplina dettata dalla delibera della GRL n. 396/2005 e in applicazione dell'articolo 12 del capitolato della gara dell'AUSL Roma C.

Si tratta di argomento del tutto inconferente.

L'articolo 12 richiamato dalla Federazione ricorrente riguarda un'altra procedura di gara che, per le ragioni esposte è ormai intangibile, ma non riguarda i contratti stipulati con le controinteressate rispetto ai quali vale l'inosservanza dell'articolo 8 del D.M. 332 del 1999, come sopra esposto e la violazione delle regole di trasparenza dell'azione amministrativa e della libera concorrenza.

La censura pertanto, deve essere disattesa.

Le argomentazioni svolte comportano, in ogni caso l'accoglimento del gravame e l'annullamento degli atti gravati.

Quanto alle spese di lite queste seguono la soccombenza e vengono liquidate in complessivi € 6.000,00, di cui € 2.000,00 per spese di giustizia, e poste a carico in parti uguali sia dell'AUSL Roma B sia delle controinteressate che dovranno provvedere a corrisponderle, ciascuno per la propria quota, alla parte ricorrente.

PQM

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sede di Roma -

Sezione III quater

Accoglie il ricorso proposto da la Federazione Italiana Operatori nella Tecnica Ortopedica, il Centro Ortopedico, l'Italo American Ortopedic e l'Ortopedia Zimbile e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Azienda Unità Sanitaria Locale Roma B e la Sapio srl e l'ATI De Rosa sas, ognuna per la propria quota, al pagamento delle spese di lite nella misura liquidata e con le indicazioni contenute in motivazione in favore della parte ricorrente con ripartizione interna in ragione di un terzo.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 14 gennaio 2009

Dr. Mario Di Giuseppe

- Presidente

Dr. Linda Sandulli

- Consigliere estensore