

## **E' legittima la scelta del criterio del prezzo più basso per forniture standardizzate laddove la qualità dell'esecuzione venga inderogabilmente fissata dal committente nell'allegato tecnico.**

*di Ludovico Astengo*

*Data di pubblicazione: 27-4-2022*

*(...) come questo Consiglio di Stato ha già chiarito per altra gara ponte regolata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si rammenti che «non doveva poi essere il capitolato a chiarire la modalità di svolgimento di tale attività, che è disciplinata dalla normativa di riferimento e non certo dalla lex specialis di gara, essendo unicamente rilevante, al fine di escludere un ruolo marginale del tecnico audioprotesista che deve provvedere a tale adattamento, la previsione della necessità di adeguare l'apparecchio all'esigenza del suo destinatario» (Cons. St., sez. III, 5 giugno 2020, n. 3566), con argomentazioni che, a fortiori, si possono richiamare nel caso di specie per il criterio del minor prezzo.*

*(...) il ricorso al criterio del minor prezzo, anche nella gara qui contestata, non appare illegittimo né contrario alle generali previsioni dell'art. 95, comma 4, lett. b) e c), del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione applicabile ratione temporis prima del d.l. n. 32 del 2019, né alle specifiche previsioni del D.M. del 12 gennaio 2017, secondo quanto questo Consiglio di Stato ha già chiarito nella sentenza n. 759 del 20 gennaio 2019, più volte citata.*

*Va qui in ultimo ribadito il generale principio (...) secondo cui il legittimo ricorso al criterio del minor prezzo, in deroga alla generale preferenza accordata a quello di aggiudicazione secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa, trova giustificazione nelle ipotesi in cui si tratti di servizi o forniture di natura standardizzata, per i quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate, potendosi prescindere da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, ove questa venga fissata inderogabilmente a priori dal committente nell'allegato tecnico .*

### **Guida alla lettura**

La vicenda in esame consente di tornare su un tema dibattuto, quello della **scelta del criterio di aggiudicazione** nella procedura di affidamento.

Un operatore economico impugna il bando della gara indetta dall'ASL di Potenza per l'affidamento della fornitura di protesi uditive, contestando la scelta del **criterio del prezzo più basso** ex art. 95, comma 4 lett. b) del D. Lgs 50/2016. Si trattava di un "contratto ponte", finalizzato a garantire la continuità della fornitura durante l'espletamento di altra gara da parte

della Stazione Unica Appaltante Regione Basilicata per lo stesso oggetto. Gara, quest'ultima, annullata nelle more dal Consiglio di Stato. Il TAR Basilicata respinge il ricorso e l'operatore impugna la sentenza.

I motivi di gravame ruotano attorno ad un punto nodale: l'asserita **illegittimità** dell'adozione del criterio del prezzo più basso, in deroga alla regola dell'offerta economicamente più vantaggiosa, trattandosi di una fornitura - quella di impianti uditivi - che richiede una **spiccata personalizzazione in fase di installazione**. Il contatto diretto con l'utente-paziente per l'adattamento della protesi, in altri termini, escluderebbe in radice la natura **standardizzata** della prestazione, privando così la scelta dell'amministrazione della sua giustificazione fattuale.

Tale opzione non sarebbe poi conforme «*all'art. 142 del d.lgs. n. 50 del 2016, che impone il ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dei "servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi" (in termini Linee Guida ANAC n. 2), tra cui rientrano indubabilmente tali prestazioni*».

Identica aspirazione - quella di assicurare la qualità delle forniture - parrebbe trarsi dai documenti di gara laddove citano proprio il DPCM cit. in tema di protesi uditive.

In definitiva, la scelta del criterio del minor prezzo non sarebbe rispettosa (i) *della qualità intrinseca dei beni* da fornire, (ii) *delle prestazioni connesse e accessorie* alla fornitura e (iii) *della normativa primaria e secondaria* di riferimento.

Il Consiglio di Stato **respinge il gravame** sulla scorta di alcune considerazioni che è bene ripercorrere.

L'essenziale premessa è che l'appalto in esame viene indetto sulla scorta di quanto dispone il **DPCM 12 settembre 2017** in materia di **livelli essenziali delle prestazioni**. Già contestato in analogo giudizio e dichiarato legittimo dal Consiglio di Stato con sentenza n. 759 del 30 gennaio 2019, detto Decreto rappresenta l'atto presupposto dell'affidamento in analisi.

Sulla scorta delle considerazioni ivi previste, il Consiglio di Stato conviene con l'appellante che gli atti di gara debbano **garantire la qualità di una prestazione così delicata** come l'installazione di protesi uditive al fine di «*scongiorare il pericolo che l'assistenza si risolva nella mera fornitura dei dispositivi e con una generica presenza di tecnici individuati dall'aggiudicatario che non assicurano il risultato sotto il profilo qualitativo perché, diversamente, le carenze della lex specialis non [consentirebbero] di perseguire gli obiettivi prefissati dalla legge e dallo stesso d.P.C.M. del 12 gennaio 2017*».

Il che, però, non passa necessariamente ed esclusivamente per la scelta del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Anzi, può ben capitare come nel caso di specie che l'opzione del prezzo più basso verta su offerte che contengono altresì «*come è invece doveroso che sia, le prestazioni di adattamento e personalizzazione dei dispositivi da parte dell'audioprotesista*».

Il fatto che, anzi, il DPCM cit. tratti delle protesi in questione come di “*dispositivi di serie*” non basta a scardinare le premesse della questione. Al netto dell’asseverazione di legittimità del Decreto di cui si è detto, infatti, pare scontato che **gli atti di gara**, come nel caso di specie, **si facciano carico di pretendere «la fondamentale esigenza di personalizzazione»** in fase di installazione dei supporti.

In altri termini, non può contestarsi il criterio di aggiudicazione del minor prezzo laddove della qualità del servizio si sia fatta carico la stazione appaltante nel capitolato di gara. Ciò a maggior ragione laddove, come nel caso di specie, le prestazioni accessorie siano già descritte, almeno in parte, dalla **normativa secondaria di riferimento**, in specie il DPCM cit. Il fatto, cioè, che la **qualità** di una fornitura rappresenti già una **pretesa associata nei documenti tecnici** della gara o finanche nelle **fonti regolatorie** di riferimento rende legittima la scelta derogatoria del criterio del minor prezzo per ragioni di **standardizzazione** della fornitura.

## REPUBBLICA ITALIANA

### IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

#### Il Consiglio di Stato

#### in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10755 del 2021, proposto da Amplifon Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’Avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta, n. 142,

#### **contro**

- la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri *pro tempore*, il Ministero dell’Economia e delle Finanze, in persona del Ministro *pro tempore*, e il Ministero della Salute, in persona del Ministro *pro tempore*, tutti rappresentati e difesi dall’Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

- l’Azienda Sanitaria Locale di Potenza, non costituita in giudizio;

- la Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e di Bolzano, non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza n. 12739 del 9 dicembre 2021 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. III-*quater*, non notificata, resa sul ricorso n.r.g. 10419/2018 proposto da Amplifon S.p.a., ora Amplifon Italia S.p.a. a socio unico, per l'annullamento della procedura negoziata, mediante contratto ponte, per l'affidamento della fornitura in somministrazione agli utenti aventi diritto di ausili per l'udito nell'ambito delle prestazioni di assistenza protesica di cui al d.P.C.M. del 12 gennaio 2017 indetta dall'Azienda Sanitaria Locale di Potenza.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Ministero della Salute;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2022, il Consigliere Massimiliano Noccelli;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante, Amplifon S.p.a. (di qui in avanti, per brevità, solo Amplifon), ha impugnato avanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma (di qui in avanti, per brevità, il Tribunale), la procedura negoziata, mediante contratto ponte, per l'affidamento della fornitura in somministrazione agli utenti aventi diritto di ausili per l'udito nell'ambito delle prestazioni di assistenza protesica di cui al d.P.C.M. del 12 gennaio 2017, indetta dall'Azienda Sanitaria Locale di Potenza (di qui in avanti, per brevità, solo l'Azienda) nell'agosto del 2018.

1.1. Oggetto di contestazione da parte di Amplifon, nel presente giudizio di appello, è il criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante e, cioè, quello del prezzo più basso ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b) e c), del d. lgs. n. 50 del 2016.

1.2. La procedura *de qua* è stata indetta nelle more dell'espletamento della procedura di gara regionale da parte della Stazione Unica Appaltante della Regione Basilicata (SUA-RB), oggetto di impugnazione avanti al Tribunale medesimo al momento della proposizione del ricorso di primo grado.

1.3. Di tale procedura la *lex specialis* della gara indetta dall'Azienda, oggi *sub iudice*, ha mutuato gli elementi essenziali (ad eccezione del criterio di aggiudicazione).

1.4. Su tale impugnazione questo Consiglio di Stato si è poi pronunciato nelle more del giudizio di primo grado con la sentenza n. 759 del 30 gennaio 2019 ampiamente richiamata anche nel presente contenzioso, sentenza che ha confermato la legittimità del d.P.C.M. del 12 gennaio 2017 (sulla cui base la procedura era stata indetta e, dunque, oggetto di impugnazione quale atto presupposto), ma ha annullato la gara indetta dalla SUA-RB.

1.5. Un'iniziativa analoga a quella della Azienda, finalizzata alla stipula di un "contratto ponte" nelle more dell'espletamento della gara da parte della SUA RB, era stata assunta anche dalla Azienda Sanitaria Locale di Matera, ma anche su tale procedura questo Consiglio di Stato ha avuto modo di pronunciarsi con la sentenza n. 3566 del 2020, dovendosi qui ricordare che, anche rispetto a tale procedura, il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.6. Amplifon ha presentato offerta nella gara *sub iudice* al solo fine, all'occorrenza, di radicare il proprio interesse all'impugnazione, senza alcuna acquiescenza e rinuncia al contenzioso pendente.

1.7. Intervenuta nelle more del giudizio la già richiamata sentenza n. 759 del 2019, in ordine alla gara della SUA-RB, quest'ultima, con nota prot. n. 35077/20AB del 27 febbraio 2019, ha preso atto della predetta decisione, informando i concorrenti, tra cui l'odierna appellante, che non avrebbe proceduto all'espletamento delle ulteriori attività di gara relative al lotto n. 9, concernente per l'appunto l'acquisizione al SSR di apparecchi acustici.

1.8. Per parte propria, l'Azienda oggi intimata, come si evince dal verbale di gara n. 1 del 14 febbraio 2019 pubblicato sul sito internet aziendale, ha informato i concorrenti, tra cui l'odierna appellante, di aver sospeso la procedura al fine di valutare l'impatto della sentenza citata sulla procedura in corso di espletamento, rinviando «*la prosecuzione dei lavori del seggio di gara a nuova data*» e continuando nelle more ad utilizzare, per l'acquisizione degli ausili audioprotesici, le procedure di cui al D.M. n. 332 del 1999.

2. Nelle more del giudizio di primo grado, nel quale ha contestato, sotto diversi profili, la legittimità della gara ponte indetta dall'Azienda, Amplifon non ha più avuto nessuna notizia sullo stato della procedura, né la ASL Potenza si è costituita in giudizio.

2.1. A seguito di adozione, da parte del Tribunale, di due ordinanze istruttorie, l'Azienda ha depositato il 29 marzo 2021 una nota in cui si comunicava al Tribunale "che le attività inerenti alla procedura di gara... sono sospese a far data dal 14.02.2019 così come deciso nel corso della prima seduta del seggio di gara"; contestualmente era allegato il verbale di gara n. 1 già prodotto in giudizio in primo grado da Amplifon.

2.2. Anche nel giudizio di appello l'Azienda non si è costituita in giudizio né Amplifon ha

ricevuto ulteriori comunicazioni sullo stato della procedura che dunque, a quanto consta, è ad oggi ancora sospesa.

2.3. Con la sentenza n. 12739 del 9 dicembre 2021, comunque, il Tribunale ha respinto tutte le censure proposte in primo grado da Amplifon. 3. Con l'appello oggi all'esame di questo Consiglio Amplifon lamenta che il Tribunale si sarebbe pronunciato solo parzialmente sul ricorso di questa, omettendo in particolare ogni pronuncia sul contestato criterio di aggiudicazione prescelto dalla stazione appaltante e, cioè, il prezzo più basso.

3.1. Amplifon ha quindi proposto appello specificamente mirato ad ottenere specifica pronuncia su tale vizio, ritenendo con assoluta convinzione che le gare per l'acquisizione al SSN dei prodotti audioprotesici e, in specie, la gara indetta dall'Azienda, non possano essere impostate utilizzando il predetto criterio di aggiudicazione.

3.2. Sotto il profilo dell'interesse, da un lato, l'accoglimento del motivo in questione, il cui esame è stato omesso dal Tribunale, concernendo il criterio di aggiudicazione della gara, non potrà che comportare la caducazione integrale della stessa.

3.3. Dall'altro lato, seppure la procedura sia a quanto consta allo stato sospesa, l'interesse di Amplifon alla decisione sarebbe ad oggi del tutto sussistente, in quanto la disposta sospensione della gara non comporta infatti alcuna compromissione dell'interesse alla decisione del ricorso né alcuna ipotesi di sopravvenuta improcedibilità dello stesso, dato che la gara non è stata annullata ma solo – appunto – sospesa.

3.4. L'illegittimità del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, secondo la tesi dell'appellante, resta dimostrata:

- dalle specifiche caratteristiche dei dispositivi audioprotesici e delle prestazioni sanitarie audioprotesiche connesse necessarie per consentirne il corretto funzionamento: tali dispositivi sono dispositivi c.d. predisposti, ossia da predisporre *ad personam*, caratterizzati da forte personalizzazione, e non "classici" dispositivi *standard*; essi sono "allestiti su misura" dall'audioprotesista al fine del loro corretto funzionamento, sicché, in definitiva, i prodotti *de quibus* sono caratterizzati da una indubbia componente qualitativa che deve essere adeguatamente apprezzata in sede di valutazione delle offerte, nonché da una necessaria personalizzazione che deve essere garantita agli assistiti dall'audioprotesista;

- dalle previsioni di cui al d. lgs. n. 50 del 2016 (artt. 36, 30 comma 1, 68, 95) e dalle Linee Guida ANAC nn. 2 e 4, che pretendono che anche nelle gare sotto soglia sia garantita l'acquisizione di prestazioni di qualità attraverso l'individuazione di specifiche tecniche collegate all'oggetto dell'appalto e alle sue finalità e di criteri di aggiudicazione pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche proprie del contratto né la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso può ritenersi conforme, quanto all'acquisizione delle prestazioni sanitarie degli audioprotesisti, all'art. 142 del d.lgs. n. 50 del 2016, che impone il ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per

l'affidamento dei “servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi” (in termini Linee Guida ANAC n. 2), tra cui rientrano indubbiamente tali prestazioni;

- dalle stesse previsioni del d.P.C.M. (artt. 17 e 19; Allegato 12, artt. 1 e 3), ben colte dalla sentenza n. 759 del 30 gennaio 2019 di questo Consiglio di Stato nonché da altre pronunce di alcuni Tribunali amministrativi, le quali hanno richiamato le previsioni finalizzate nello specifico all'acquisizione di dispositivi audioprotesici, che prescrivono che la *lex specialis* sia congegnata in modo da individuare criteri di valutazione delle offerte che premino la componente qualitativa delle stesse, come si evince dall'art. 3 dell'Allegato 12, che impone che «*nella valutazione delle offerte le regioni e le aziende sanitarie locali adottano criteri di ponderazione che garantiscano la qualità delle forniture, la durata del periodo di garanzia oltre quello fissato dalla normativa di settore, la capillarità della distribuzione e la disponibilità di una gamma di modelli idonei a soddisfare le specifiche esigenze degli assistiti*», con un chiaro ed univoco riferimento ad elementi di valutazione non solo economici.

3.5. Ne deriverebbe in sintesi, secondo Amplifon, che il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso:

a) non è rispettoso delle caratteristiche intrinseche dei beni da acquistare; b) non è rispettoso della valorizzazione delle necessarie prestazioni sanitarie che devono accompagnare la fornitura del bene nel contesto reale della stazione appaltante;

c) non è rispettoso delle specifiche norme vigenti che regolamentano l'acquisizione al SSN dei beni *de quibus*.

3.6. Nel presente grado del giudizio si sono costituiti la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e il

Ministero della Salute, per chiedere la reiezione dell'appello, mentre non si è costituita l'Azienda appellata.

3.7. Nella pubblica udienza del 10 marzo 2022 il Collegio, sulle conclusioni come rassegnate dalle parti a verbale, ha trattenuto la causa in decisione.

4. L'appello deve essere respinto.

5. In via preliminare si deve anzitutto rilevare che l'omessa pronuncia, da parte del primo giudice, sullo specifico profilo di censura non esime il Collegio dall'esaminare la censura nel merito perché l'omessa pronuncia su una o più censure proposte con il ricorso giurisdizionale non configura un *error in procedendo*, tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., ma solo un vizio della sentenza impugnata che il giudice di appello è legittimato ad eliminare, integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo sul merito della causa (Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2018, nn. 10 e 11; id. 5 settembre 2018, n. 14; id. 28 settembre 2018, n. 15).

5.1. Sempre in via preliminare, quanto alla permanenza dell'interesse a ricorrere, non vi è dubbio che questo interesse, di carattere strumentale allorché si controverta sul criterio di aggiudicazione (v., sul punto, Cons. St., Ad. plen., 21 maggio 2019, n. 8), sussista a tutt'oggi, benché la gara, come si è accennato, sia stata sospesa dall'Azienda, in quanto l'annullamento della stessa determinerebbe la possibilità, per Amplifon, di concorrere ad una nuova gara da bandirsi, laddove la sua tesi risultasse fondata, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

6. Tutto ciò premesso, però, la tesi dell'appellante non può trovare accoglimento.

7. Questo Consiglio di Stato, nella più volte citata sentenza n. 759 del 30 gennaio 2019, ha messo in rilievo, con riferimento alla fornitura degli ausili audioprotesici nella gara indetta dalla Stazione Unica Appaltante, che la legge di gara deve essere formulata in modo tale da scongiurare il pericolo che l'assistenza si risolvesse «*nella mera fornitura dei dispositivi e con una generica presenza di tecnici individuati dall'aggiudicatario che non assicurano il risultato sotto il profilo qualitativo*» perché, diversamente, le carenze della *lex specialis* non avrebbero consentito di perseguire gli obiettivi prefissati dalla legge e dallo stesso d.P.C.M. del 12 gennaio 2017.

7.1. E tuttavia, si badi, non è la scelta, in sé, del criterio di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 95, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016, a frustrare questi obiettivi, come sostiene l'appellante, ma il modo in cui è concretamente formulata la legge di gara.

7.2. Anche il ricorso al criterio del minor prezzo in una gara ponte, come quella di cui è controversia, può infatti garantire il rispetto di questi obiettivi, laddove la formulazione della *lex specialis* sia tale da scongiurare il pericolo che la fornitura assuma, per così dire, un carattere anonimo e indifferenziato, la quale non contempra, come è invece doveroso che sia, le prestazioni di adattamento e personalizzazione dei dispositivi da parte dell'audioprotesista.

7.3. Nel caso esaminato dalla citata sentenza n. 759 del 30 gennaio 2019 tuttavia, come ricorda correttamente la stessa appellante, la gara era regolata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, sotto tale profilo, questo Consiglio ha censurato come il disciplinare di gara, nel definire gli elementi di valutazione a carattere qualitativo, nulla prevedesse in merito alle prestazioni del tecnico audioprotesista.

7.4. Ora nel caso di specie, invece, il criterio per la selezione della migliore offerta è quello del minor prezzo complessivo, secondo quanto previsto dall'art. 95, comma 4, lett. b), del d. lgs. n. 50 del 2016, previa verifica della idoneità degli ausili proposti dai diversi operatori economici concorrenti rispetto ai requisiti tecnico-qualitativi minimi richiesti dal capitolato tecnico, che sarà effettuata da personale in possesso delle necessarie competenze tecniche.

7.5. È lo stesso d.P.C.M., nell'art. 3 dell'allegato 12, a qualificare i dispositivi protesici, oggetto del presente appalto, come “*dispositivi di serie*” e, quindi, con caratteristiche standardizzate, come ha rilevato questo Consiglio di Stato nella

sentenza n. 759 del 30 gennaio 2019, senza che ciò comporti l'illegittimità di queste previsioni

rispetto alle precedenti previsioni del D.M. n. 332 del 1999, e, per altro verso, non va nemmeno trascurato il dato che, nel caso di specie, si tratti di affidamenti per importi limitati, come quelli di una gara ponte, che si denotano per la loro ripetitività.

7.6. Ciò non comporta, ovviamente, relegare in secondo piano quella fondamentale esigenza di personalizzazione, sulla quale anche questo Consiglio di Stato ha posto l'accento nella più volte sentenza n. 759 del 2019, ma semplicemente valutare se, nella concreta vicenda in esame, la formulazione della *lex specialis*, al di là del criterio di aggiudicazione prescelto, obliteri totalmente questa esigenza e confini le prestazioni dell'audioprotesista ad un ruolo del tutto secondario, per non dire irrilevante, in spregio delle esigenze sottese alle previsioni della legge e del d.P.C.M.

7.7. Ma al riguardo, e in punto di fatto, l'appello di Amplifon è del tutto silente, limitandosi a richiamare la previsione, non pertinente, dell'art. 142 del d. lgs. n. 50 del 2016 che, tuttavia, concerne i servizi sanitari e non certo le forniture di "*dispositivi di serie*", come quelli in esame.

7.8. Laddove, infatti, la *lex specialis* abbia compiutamente descritto nel contenuto prestazionale la fornitura degli ausili, tenendo debitamente conto dell'attività di personalizzazione e di adeguamento, non vi è motivo per ritenere che la scelta del criterio del minor prezzo sia *ipso facto* illegittima per avere trascurato un profilo, quello qualitativo, che la stazione appaltante ha già cristallizzato nell'esatta e corretta descrizione della fornitura, ritenendo che le forniture abbiano caratteristiche standardizzate o, comunque, contraddistinte da elevata ripetitività.

8. Né, si badi, basta in senso contrario affermare all'appellante che, costituendo la protesizzazione un percorso altamente personalizzato sulla base delle esigenze del paziente e del suo quadro audiologico, non vi sarebbe nulla di meno standardizzabile delle prestazioni di personalizzazione di un

prodotto tecnologicamente complesso come la protesi acustica di una persona ipoacusica.

8.1. È un assunto tautologico, questo, che nella sua pretesa di absolutezza prova troppo, mentre questo Consiglio di Stato, nel confermare la legittimità delle previsioni del d.P.C.M. del 12 gennaio 2017, ha rilevato che la collocazione delle protesi nell'elenco 2A dell'allegato 5, tra gli ausili di serie richiedenti la messa in opera da parte del tecnico abilitato, non determina affatto una discontinuità sostanziale rispetto al previgente regime, dettato dal D.M. n. 332 del 1999.

8.2. E, d'altro canto, non si possono nemmeno ritenere violate le previsioni dell'art. 13 dell'allegato 12 del d.P.C.M. del 12 gennaio 2017 e le indicazioni ivi contenute, volte a premiare la componente qualitativa dell'offerta, indicazioni che devono essere seguite ogniqualvolta la stazione appaltante decida di adottare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come era nel caso esaminato dalla sentenza n. 759 del 2019 (ma v., per altra

gara ponte bandita dall'Azienda Sanitaria Locale di Matera, ancor più di recente questo stesso Cons. St., sez. III, 5 giugno 2020, n. 3566), e non già quando scelga legittimamente, in base a quanto gli consentiva la formulazione dell'art. 95, comma 4, lett. b) e c), del d. lgs. n. 50 del 2016, applicabile *ratione temporis* prima della riforma del d.l. n. 32 del 2019, conv. in l. n. 55 del 2019, e più in generale le norme dettate dal codice dei contratti pubblici, il criterio del prezzo più basso.

8.3. Il ricorso al prezzo più basso, nel caso di specie, è giustificato perché la standardizzazione della fornitura, nella gara ponte indetta, ha tenuto comunque conto, nella formulazione della *lex specialis* da parte della stazione appaltante, dell'esigenza di adattamento e personalizzazione dei dispositivi, ad opera del tecnico audioprotesista, ove si consideri, ad esempio, che:

- l'art. 12 del disciplinare afferma che *«sono a carico della Ditta e, quindi, da considerarsi compresi nell'appalto, gli oneri e obblighi di seguito riportati: [...] e) applicazione o messa in uso dei dispositivi oggetto della presente procedura da professionisti*

*abilitati all'esercizio della specifica professione o arte sanitaria ausiliaria, a garanzia della corretta utilizzazione da parte dell'assistito in condizioni di sicurezza dispositivi»; - il punto 3) delle dichiarazioni chieste ai concorrenti dall'allegato 6, Schema di offerta economica, il quale prevede che «ciascuna fornitura sarà effettuata... con la sua installazione (o comunque applicazione, o messa in uso) e addestramento all'uso mediante professionista sanitario abilitato all'esercizio della specifica professione o arte sanitaria ausiliaria, in base a quanto previsto dalle vigenti leggi»;*

- l'art. 7 dell'allegato 8 al capitolato speciale di appalto indica che la *«DA si obbliga [...] ad ottemperare quanto prescritto dal medico e in ogni caso per la fornitura di apparecchi acustici, l'adattamento o la personalizzazione dei dispositivi da parte di professionisti abilitati all'esercizio della specifica professione o arte sanitaria ausiliaria, nonché la manutenzione, la riparazione o la sostituzione di componenti dei dispositivi stessi; a far applicare o mettere in uso i dispositivi oggetto della presente procedura, a garanzia della corretta utilizzazione da parte dell'assistito in condizioni di sicurezza dispositivi, da professionisti abilitati all'esercizio della specifica professione o arte sanitaria ausiliaria»;*

- l'art. 10 dell'allegato 8 del capitolato speciale di appalto, laddove peraltro il richiamo concerne la sola determinazione del prezzo di appalto, specifica che *«il prezzo offerto si intende comprensivo di [...] - applicazione / messa in uso dell'ausilio da parte professionista abilitato all'esercizio della specifica professione o arte sanitaria ausiliaria, a garanzia della corretta utilizzazione da parte dell'assistito in condizioni di sicurezza»;*

- l'art. 13 dell'allegato 8 al capitolato speciale di appalto indica che *«la DA, per la consegna e messa in uso a domicilio degli ausili, e per tutto quanto sia connesso all'affidamento: - dovrà avvalersi di personale in regola con gli obblighi previsti dalle leggi vigenti in materia... Per eseguire le prestazioni contrattuali la DA si avvarrà sotto la sua diretta responsabilità di proprio personale in possesso della necessaria qualifica professionale. A garanzia della corretta utilizzazione dei beni forniti da parte dell'assistito, in condizioni di sicurezza ed*

*appropriatezza, si richiede che gli stessi siano applicati o messi in uso da un professionista sanitario abilitato all'esercizio della specifica professione o arte*

*sanitaria ausiliaria, ove ciò sia previsto dalla vigente normativa è [...] Per gli ausili di cui sopra è richiesto pertanto alla DA di impiegare - a titolo di lavoro subordinato, o in altra forma consentita dall'ordinamento ? personale munito dei titoli specifici occorrenti e di sicura professionalità»;*

- l'art. 3.2. dell'allegato 9 al capitolato tecnico evidenzia che *«Nota: terminata la fase medico?diagnostica della 35 prescrizione, il tecnico audioprotesista applica e adatta gli ausili alle esigenze soggettive dell'assistito. Sarà cura dello specialista la verifica della corrispondenza alla prescrizione degli ausili forniti»*, riprendendo così peraltro le previsioni di cui al d.P.C.M. 12 gennaio 2017, la cui legittimità è già stata confermata da questo Consiglio di Stato con la sentenza n. 759 del 2019;

- l'art. 3.3. dell'allegato 9 al capitolato tecnico fa rinvio, anche in questo caso riprendendo le previsioni di cui al d.P.C.M. del 12 gennaio 2017, al consueto protocollo professionale in uso agli audioprotesisti che comprende anche la fase della *“individuazione”* dell'apparecchio acustico.

8.4. Si aggiungano a ciò, nell'ottica di valorizzare, adeguatamente, la necessaria attività di personalizzazione, i chiarimenti forniti dall'Azienda il 13 settembre 2018 (v., in particolare, le risposte nn. 1, 5 e 6), che hanno fatto rinvio alle disposizioni del d.P.C.M. del 12 gennaio 2017, con alcune correzioni (*“messa in funzione”* in luogo di *“installazione”*), a significare, ancora una volta, e anzi a rafforzare l'importanza della personalizzazione.

8.5. E d'altro canto, come questo Consiglio di Stato ha già chiarito per altra gara ponte regolata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si rammenti che *«non doveva poi essere il capitolato a chiarire la modalità di svolgimento di tale attività, che è disciplinata dalla normativa di riferimento e non certo dalla lex specialis di gara, essendo unicamente rilevante, al fine di escludere un ruolo marginale del tecnico audioprotesista che deve provvedere a tale adattamento, la previsione della necessità di adeguare l'apparecchio all'esigenza del suo destinatario»* (Cons. St., sez. III, 5 giugno 2020, n. 3566), con argomentazioni che, *a fortiori*, si possono richiamare nel caso di specie per il criterio del minor prezzo.

8.6. Insomma il ricorso al criterio del minor prezzo, anche nella gara qui contestata, non appare illegittimo né contrario alle generali previsioni dell'art. 95, comma 4, lett. b) e c), del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione applicabile *ratione temporis* prima del d.l. n. 32 del 2019, né alle specifiche previsioni del D.M. del 12 gennaio 2017, secondo quanto questo Consiglio di Stato ha già chiarito nella sentenza n. 759 del 20 gennaio 2019, più volte citata.

8.7. Va qui in ultimo ribadito il generale principio, di recente riaffermato da questo Consiglio, secondo cui il legittimo ricorso al criterio del minor prezzo, in deroga alla generale preferenza accordata a quello di aggiudicazione secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa, trova giustificazione nelle ipotesi in cui si tratti di servizi o forniture di natura standardizzata,

per i quali non vi è alcuna reale necessità di far luogo all'acquisizione di offerte differenziate, potendosi prescindere da una peculiare e comparativa valutazione della qualità dell'esecuzione, ove questa venga fissata inderogabilmente *a priori* dal committente nell'allegato tecnico (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 10 maggio 2021, n. 3620).

8.8. Ebbene, per quanto si è appena evidenziato nel § 8.5., ciò è puntualmente avvenuto nel caso di specie rispetto alla fornitura di dispositivi audioprotesici, senza sminuire, come detto, la caratteristica della personalizzazione, ben rimarcata nel capitolato tecnico e fissata *a priori* in modo inderogabile.

9. L'appello di Amplifon, per le ragioni esposte, deve essere pertanto respinto, con la conseguente conferma, per tali ragioni, della sentenza impugnata. 10. Le spese del presente grado del giudizio, per la **novità** della questione esaminata come ben ha rimarcato anche l'appellante nel ricordare l'assenza di precedenti specifici di questo Consiglio in ordine al criterio del minor prezzo per i dispositivi in esame, possono essere interamente compensate tra le parti costituite.

10.1. Rimane definitivamente a carico di Amplifon per la soccombenza il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da Amplifon Italia S.p.a., lo respinge e per l'effetto conferma, ai sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata. Compensa interamente tra le parti costituite le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di Amplifon Italia S.p.a. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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