

LA PROCEDURA NEGOZIATA “PONTE” E’ FINALIZZATA AL RAGGIUNGIMENTO DELLO STRETTO NECESSARIO, IN ATTESA DELLA CONCLUSIONE DELLA GARA ORDINARIA.

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 23-6-2020

-La determina a contrarre ex art. 32, d.lgs. n. 50 del 2016 del 30 maggio 2018 reca una sintetica ma certamente congrua individuazione delle ragioni sottese alla procedura, da rinvenire nella necessità di reperire materiale protesico “per un fabbisogno strettamente necessario, nelle more della gara regionale in corso di esecuzione”. Evidente dunque l’intento dell’Azienda sanitaria che, a fronte di una domanda – attuale o stimata – di protesi superiore alle scorte e per assicurare la prestazione sanitaria agli utenti, ha ritenuto opportuno approvvigionarsi con una propria procedura prevedendo tempi non brevi per la conclusione della gara centralizzata.

-La determina a contrarre ha peraltro ben chiarito che tale fornitura era per coprire lo “stretto necessario” e solo perché era ancora in corso la procedura bandita dalla Stazione unica appaltante della Regione Basilicata e non c’erano altri contratti attivi o accordi di collaborazione tra soggetti aggregatori.

-Tale essendo le ragioni sottese alla procedura impugnata, il Collegio ritiene che l’Azienda sanitaria di Matera abbia agito avendo ben presenti gli obblighi che ad essa fanno capo, id est, in via primaria, assicurare agli utenti del servizio sanitario le prestazioni di cui necessitano. Sarebbe certamente stata passibile di censura ove avesse opposto al cittadino avente diritto ad una protesi acustica che le scorte erano finite e che occorreva attendere la conclusione di una gara, peraltro di incerta durata.

GUIDA ALLA LETTURA

La peculiarità della sentenza in esame consiste nell’aver evidenziato come le direttive comunitarie ed il connesso Codice degli appalti abbiano fornito agli operatori economici specifici strumenti, finalizzati al superamento degli ostacoli, procedurali e processuali, per il positivo raggiungimento del risultato.

In particolare nella pronuncia *de qua* il Consiglio di Stato rileva come la regolare ed ordinaria procedura di gara possa essere affiancata da altro istituto che, nelle more della conclusione della suddetta procedura ordinaria, possa raggiungere , in tempi particolarmente brevi, l’obiettivo stabilito.

Come è noto gli articoli 35 e 36 del richiamato Codice degli appalti dettano la disciplina della fase denominata “gara ponte^[1]”.

In particolare nel contenzioso oggetto di esame da parte della Sezione assume un ruolo centrale il ricorso proprio alla suddetta gara ponte; in tal modo la fornitura del servizio di assistenza protesica prevista in ambito sanitario è stata garantita propria dalla procedura negoziata in argomento, nelle more dell’espletamento della primaria gara centralizzata.

Nel merito il supremo Consesso ha esaltato l’importanza della funzione della *determina a contrarre*, istituto previsto dall’articolo 32 del sopra indicato codice degli appalti. In particolare tale determina ha evidenziato, in modo sintetico e congruo, tutte le motivazioni che hanno giustificato il ricorso alla richiamata gara ponte “*per un fabbisogno strettamente necessario, nelle more della gara regionale in corso di esecuzione*”.

Peraltro la stessa determina a contrarre ha ben puntualizzato il fatto che la predetta fornitura ottenuta con la procedura accelerata sia stata effettuata per il tempo “strettamente necessario”; merito, inoltre, della stazione appaltante è di aver compiuto un preciso atto: nello specifico aver accertato che durante l’espletamento della gara ponte non risultassero pendenti altri contratti attivi o accordi di collaborazione tra i soggetti aggregatori.

Tale comportamento tenuto dalla stazione appaltante viene accolto dalla Sezione, la quale ha rimarcato il fatto che obbligo principale incumbente sull’amministrazione aggiudicatrice consiste proprio nel raggiungimento del risultato favorevole per i *cives*; nella fattispecie, l’assicurazione agli utenti del servizio sanitario delle prestazioni di cui gli stessi utenti necessitano. Di conseguenza lo stesso Consiglio di Stato ha rilevato come sarebbe stata inevitabilmente censurata un’eventuale motivazione addotta dall’amministrazione aggiudicatrice; in particolare attendere la conclusione della gara principale, peraltro di incerta durata, per far fronte all’inevitabile esaurimento delle scorte.

In conclusione nel momento in cui ricorrano specifici presupposti di urgenza che giustificano necessariamente l’espletamento della gara ponte finalizzati all’affidamento temporaneo di un contratto, la stazione appaltante può indubbiamente agire senza vincoli restrittivi.

Contestualmente la medesima stazione appaltante ha l’onere di fornire la necessaria motivazione in merito alle scelte compiute ed agli atti adottati in conseguenza di quest’ultime.

[1]Sul punto si cita la Sentenza del Consiglio di Stato, Sezione III, n.5766/2018 la quale ha ammesso il ricorso alla gara ponte nel settore dei servizi pubblici, anche se la procedura centralizzata non sia ancora conclusa.

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 8599 del 2019, proposto dalla Amplifon s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato prof. 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

l'Azienda Sanitaria Locale di Matera, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Digirolamo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del dottor Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30,

la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Presidente del Consiglio dei Ministri, il Ministero della Salute, il Ministero della Salute, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministro dell'Economia e delle Finanze, la Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio,

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

dell'A.n.a.p. – Associazione Nazionale Audioprotesisti Professionali, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Malinconico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 284,

per la riforma

della sentenza del Tar Lazio, sede di Roma, sez. III-quater, n. 11300 del 24 settembre 2019, non notificata, con la quale è stato respinto il ricorso proposto avverso, tra l'altro, la lex specialis della procedura negoziata senza bando per l'affidamento della fornitura agli aventi

diritto ad avere ausili auditivi per le prestazioni di assistenza integrativa e protesica di cui al d.P.C.M. 12 gennaio 2017, indetta dall'Azienda Sanitaria Locale di Matera.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Matera;

Visto l'atto di intervento ad adiuvandum dell'A.n.a.p. – Associazione Nazionale Audioprotesisti Professionali depositato in data 12 novembre 2019;

Vista la memoria difensiva dell'Azienda Sanitaria Locale di Matera, depositata in data 8 novembre 2019;

Vista la memoria difensiva di Amplifon s.p.a. depositata in data 24 febbraio 2020 e la memoria di replica depositata il 28 febbraio 2020;

Viste le brevi note, depositate da Amplifon s.p.a. in data 27 aprile 2020, ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. 17 marzo 2020, n. 18;

Vista la memoria difensiva dell'A.n.a.p. – Associazione Nazionale Audioprotesisti Professionali depositata in data 25 febbraio 2020;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 30 aprile 2020 - tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza (ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020) - il Cons. Giulia Ferrari:

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il d.P.C.M. 12 gennaio 2017, nell'aggiornare i livelli essenziali di assistenza di cui all'art. 1, comma 7, d.lgs. n. 502 del 1992, è stato previsto, per l'assistenza protesica (art. 17), il passaggio da un sistema tariffario (sulla base del nomenclatore tariffario approvato con d.m. n. 332 del 1999, con onere a carico del S.S.N. e remunerazione diretta al prestatore) a un sistema di messa a gara ad evidenza pubblica dell'erogazione dei dispositivi protesici (allegato 12, ed in particolare art. 3, sulla fornitura dei dispositivi inclusi negli elenchi 2A e 2B di cui al nomenclatore allegato 5).

Il d.P.C.M. 12 gennaio 2017, nella parte concernente i dispositivi audioprotesici (apparecchi acustici, classe 22, codice 22.06 - ausili per l'udito, inclusi nell'elenco 2B del suddetto allegato 5), è stato impugnato dinanzi al Tar Lazio, mediante distinti ricorsi, dalla società Amplifon s.p.a. (d'ora in poi, Amplifon) insieme ad Assobiomedica – Federazione Nazionale tra le imprese operanti nei settori dei Dispositivi Medici e delle Tecnologie Biomediche (d'ora in poi, Assobiomedica) e dall'A.n.a.p. – Associazione Nazionale Audioprotesisti Professionali (d'ora in poi, Anap). In particolare, è stato sostenuto che tale decreto imporrebbe un sistema

irragionevole per l'acquisizione al SSN dei dispositivi audioprotesici, disconoscendo la necessaria personalizzazione che caratterizza tali apparecchi, il diritto di libera scelta degli assistiti ed il ruolo e le competenze che la normativa vigente assicurerebbe alla figura professionale dell'audioprotesista.

Nelle more del giudizio, il Dipartimento Stazione Unica Appaltante della Regione Basilicata (SUA-RB) ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della fornitura in somministrazione, agli utenti aventi diritto, di ausili per le prestazioni di assistenza integrativa e protesica di cui al d.P.C.M. 12 gennaio 2017, occorrenti per le Aziende Sanitarie della Regione Basilicata.

Amplifon insieme ad Assobiomedica ha impugnato tale procedura innanzi al Tar Lazio, relativamente al lotto n. 9 ("Assistenza Protesica Allegato 5 – Elenco 2A: ausili per l'udito"), avente una base d'asta di euro 773.149,08. Analoga impugnazione è stata proposta dall'Anap. Le ricorrenti hanno lamentato vizi di invalidità derivata per effetto di quella del d.P.C.M. presupposto, nonché vizi propri della procedura, la quale non garantirebbe la personalizzazione dei dispositivi in questione, né individuerebbe adeguati criteri e punteggi tecnici relativi alle prestazioni di impianto e di adattamento degli stessi, da realizzarsi attraverso la necessaria mediazione professionale dell'audioprotesista.

I quattro ricorsi così instaurati sono stati respinti dal Tar Lazio con le sentenze nn. 4186, 4187, 4188 e 4198 del 2018, che sono state fatte oggetto di appello innanzi al Consiglio di Stato da parte di Amplifon insieme ad Assobiomedica, nonché da parte di Anap.

Il Consiglio di Stato, con sentenza della III sezione n. 759 del 30 gennaio 2019, riuniti i ricorsi, ha respinto le censure avverso il d.P.C.M. 12 gennaio 2017 ed ha accolto quelle avverso gli atti della gara indetta dalla Stazione unica appaltante della Regione Basilicata (SUA-RB), annullandoli.

In siffatto contesto, la Azienda Sanitaria Locale di Matera (d'ora in poi, Asl) ha pubblicato sul proprio sito internet un avviso esplorativo per manifestazione di interesse rivolto agli operatori economici interessati ad essere invitati alla procedura negoziata ai sensi degli artt. 35 e 36, d.lgs. n. 50 del 2016 per l'affidamento della fornitura di materiale protesico, per un totale complessivo di euro 180.000,00, prevedendo l'acquisto di 300 protesi acustiche, suddivise in dieci differenti tipologie.

A ciò ha fatto seguito la pubblicazione sulla piattaforma telematica aziendale dell'Asl della procedura negoziata senza bando per l'affidamento della fornitura agli aventi diritto di ausili auditivi per le prestazioni di assistenza integrativa e protesica Elenco 2A di cui al d.P.C.M. 12 gennaio 2017 e Amplifon ha presentato una offerta al fine di radicare il proprio interesse all'impugnazione.

2. Con l'atto introduttivo del giudizio proposto innanzi al Tar Lazio, sede di Roma, Amplifon ha impugnato l'avviso esplorativo per manifestazione di interesse pubblicato dall'Asl.

3. Con successivo atto di motivi aggiunti ha avverso gli atti di gara della procedura negoziata

senza bando.

In particolare, la ricorrente ha dedotto l'illegittimità degli atti avversati in via derivata, per effetto della ritenuta illegittimità del d.P.C.M. 12 gennaio 2017, nonché per vizi propri.

4. Con sentenza n. 11300 del 24 settembre 2019, il Tar Lazio ha respinto il ricorso. In particolare, il Tar – respinte, preliminarmente, le eccezioni processuali sollevate dalla Asl, relative alla dedotta incompetenza territoriale del Tar Lazio e all'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse – ha ritenuto esente da vizi il d.P.C.M. 12 gennaio 2017, condividendo e richiamando quanto statuito dal Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 759 del 2019 ed ha, altresì, ritenuto infondati i vizi propri della procedura negoziata indetta dalla Asl.

Nello specifico, il Tar ha evidenziato che legittimamente la Asl avrebbe potuto procedere all'affidamento della fornitura con le procedure previste dall'art. 36, d.lgs. n. 50 del 2016; che non vi sarebbe contrasto con la procedura indetta dalla SUA-RB, data la presenza della clausola risolutiva espressa per l'ipotesi in cui fosse intervenuta nel mentre l'aggiudicazione della gara della SUA-RB; che la gara "ponte" indetta dall'Asl risponderebbe all'esigenza di assicurare agli utenti il servizio di assistenza protesica di cui al d.P.C.M. 12 gennaio 2017, nelle more dell'espletamento della gara centralizzata; che risulterebbe per tabulas che l'appalto non si esaurirebbe nella mera fornitura di prodotti standard ma, al contrario, l'aspetto qualitativo degli impianti acustici e dei connessi servizi sarebbe stato adeguatamente considerato dalla stazione appaltante, tanto da attribuire alla valutazione dell'offerta tecnica (in termini di punteggio) una rilevanza preponderante rispetto a quella economica.

5. La citata sentenza n. 11300 del 24 settembre 2019 è stata impugnata con appello notificato il 17 ottobre 2019 e depositato il successivo 22 ottobre, riproducendo il solo motivo inerente l'illegittimità propria della procedura indetta dall'Asl, anche alla luce dei principi espressi da questo Giudice nella sentenza n. 759 del 2019.

In particolare, il Tar avrebbe errato:

a) nel non prendere in specifica considerazione la sproporzione delle cifre messe a gara dalla procedura autonomamente bandita dalla Asl e quella bandita dalla SUA-RB.

Al contrario, la gara indetta dall'Asl avrebbe privato di sostanziale significato economico la gara della SUA-RB; la decisione di mettere a gara direttamente importi sotto soglia comunitaria avrebbe violato il divieto di frazionare l'oggetto delle procedure ad evidenza pubblica, al fine di sottrarre gli affidamenti alle più restrittive regole vigenti per gli affidamenti sopra soglia; la scelta della Asl non sarebbe stata accompagnata da alcuna significativa motivazione;

b) nel non rilevare che la procedura indetta dall'Asl non consentirebbe l'acquisizione di prodotti e di prestazioni di qualità, prevedendo, al contrario, la mera fornitura di prodotti standard, senza garantire una effettiva ed adeguata personalizzazione dei dispositivi non tenendo, altresì, adeguatamente conto dell'imprescindibile attività dell'audioprotesista ed impedendo di acquisire prodotti realmente utili e correttamente utilizzabili dagli assistiti;

c) nell'omettere di pronunciarsi sui vizi dedotti avverso l'avviso esplorativo per manifestazione di interesse, che sono stati, in questa sede, ritualmente riproposti.

6. Si è costituita in giudizio l'Azienda Sanitaria Locale di Matera, eccependo l'inammissibilità del ricorso di primo grado per incompetenza del Tar adito e per difetto di interesse, avendo la società Amplifon presentato domanda di partecipazione alla gara. Nel merito ha sostenuto l'infondatezza del ricorso.

7. Si è costituita in giudizio l'A.n.a.p. – Associazione Nazionale Audioprotesisti Professionali, spingendo intervento ad adiuvandum.

8. La Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Presidente del Consiglio dei Ministri, il Ministero della Salute, il Ministero della Salute, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministro dell'Economia e delle Finanze, la Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano non si sono costituiti in giudizio.

9. Alla camera di consiglio del 14 novembre 2019, convocata per l'esame dell'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza ivi impugnata, la causa, su accordo delle parti, è stata rinviata al merito.

10. Alla udienza del 30 aprile 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, la società Amplifon – leader mondiale nella distribuzione di apparecchi acustici e nel loro adattamento alle esigenze dei pazienti ipoacustici – impugna la sentenza del Tar Lazio, sede di Roma, sez. III quater, n. 11300 del 24 settembre 2019, con la quale è stato respinto il ricorso proposto avverso la lex specialis della procedura negoziata senza bando, indetta dall'Azienda Sanitaria Locale di Matera per l'affidamento della fornitura agli aventi diritto ad avere ausili auditivi per le prestazioni di assistenza integrativa e protesica di cui al d.P.C.M. 12 gennaio 2017, anch'esso impugnato. La procedura ha, in particolare, ad oggetto la fornitura in somministrazione di 300 protesi acustiche di 10 tipologie differenti (più precisamente, 30 protesi per ognuna delle tipologie individuate); il criterio di aggiudicazione dell'appalto individuato dalla stazione appaltante è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di punti 70 per l'offerta tecnica e punti 30 per l'offerta economica. La griglia di valutazione predisposta dalla stazione appaltante prevede, ai fini della valutazione della offerta tecnica, l'attribuzione di punti 40 per la qualità degli ausili e di punti 30 per la qualità dei servizi, da assegnare secondo una scala di valutazione e in base ai criteri predeterminati (con i relativi punteggi) dalla stazione appaltante.

2. Per inquadrare la complessa vicenda contenziosa giova fare una breve ricostruzione in punto di fatto.

Il d.P.C.M. del 2017 ha previsto, per l'assistenza protesica (art. 17), il passaggio da un sistema tariffario (sulla base del nomenclatore tariffario approvato con d.m. n. 332 del 1999, con onere a carico del S.S.N. e remunerazione diretta al prestatore) a un sistema di messa a

gara ad evidenza pubblica dell'erogazione dei dispositivi protesici, che deve essere bandita dalle strutture sanitarie per l'acquisizione dei dispositivi audioprotesici.

Il d.P.C.M. 12 gennaio 2017 era stato già impugnato da Amplifon s.p.a. (insieme ad Assobiomedica), unitamente alla procedura aperta, bandita dalla stazione unica appaltante della Regione Basilicata (Sua RB) per l'affidamento della fornitura in somministrazione, agli utenti aventi diritto, di ausili per le prestazioni di assistenza integrativa e protesica di cui al d.P.C.M. 12 gennaio 2017, occorrenti per le Aziende Sanitarie della Regione Basilicata.

Nelle more della definizione del contenzioso la Asl di Matera, destinataria della procedura indetta dalla Sua della Regione Basilicata, aveva pubblicato, sul proprio sito internet, un avviso esplorativo per manifestazione di interesse per l'affidamento per 12 mesi della fornitura di 300 ausili protesici, 30 per ognuno delle 10 tipologie individuate, per una base d'asta pari ad € 180.000,00. Tale procedura si rendeva necessaria per far fronte alle richieste, nelle more della definizione della gara regionale in corso.

Poiché la procedura indetta dalla Asl di Matera si intersecava con quella bandita dalla stazione unica appaltante della Regione Basilicata – che copriva le Asl di Potenza e Matera per una durata di 4 anni (invece di 12 mesi) ed una base d'asta di € 773.149,08 (a fronte di € 180.000,00 della procedura indetta dalla Asl di Matera) – la Amplifon – pur essendosi accreditata sulla apposita piattaforma telematica dell'Azienda sanitaria – ha impugnato dinanzi al Tar Lazio l'avviso esplorativo, unitamente al d.P.C.M. 12 gennaio 2017, quale atto presupposto, e con successivo ricorso per motivi aggiunti gli atti di gara.

Nelle more della definizione di tale secondo contenzioso il Consiglio di Stato, con sentenza della sez. III n. 759 del 30 gennaio 2019 – definendo il primo gravame - ha respinto le censure proposte avverso il d.P.C.M. 12 gennaio 2017 e ha accolto quelle avverso gli atti della gara indetta dalla SUA-RB, annullandoli.

Alla luce di tale decisione Amplifon ha riproposto in appello i soli motivi dedotti avverso la procedura della gara ponte indetta dalla Asl di Matera, che erano stati respinti dal Tar Lazio con l'impugnata sentenza n. 11300 del 2019.

3. Ciò chiarito in punto di fatto, non è suscettibile di positiva valutazione l'eccezione sollevata dalla Asl di Matera di incompetenza del Tar Lazio per essere competente il Tar Basilicata, avendo l'Azienda sanitaria sede nella Regione Basilicata.

Occorre premettere che ai sensi dell'art. 13, comma 3, c.p.a., qualora sia impugnato un atto generale o un regolamento governativo avente efficacia su tutto il territorio nazionale la competenza a definire la controversia oggetto del ricorso spetta al Tar del Lazio, sede di Roma, a nulla rilevando che è gravato anche l'atto adottato dall'Autorità periferica. In altri termini, in base al principio della concentrazione del giudizio dinanzi allo stesso giudice, che realizza i valori dell'effettività della tutela e della ragionevole durata del processo sanciti dal Codice del processo amministrativo, rientrano nella competenza del Tar del Lazio, sede di Roma, le controversie relative ad atti applicativi individuali aventi efficacia limitata sotto il profilo personale o territoriale, nelle quali venga connessa strumentalmente l'impugnazione di

un atto presupposto di carattere generale (regolamento, circolare, ordinanza) destinato a valere senza limiti personali o territoriali (Cons. St., sez. IV, 5 novembre 2012, n. 5614).

A fronte di tale regola generale, non rileva che l'appello sia stato circoscritto al capo della sentenza del Tar relativo all'indizione della procedura selettiva, atteso che ciò che rileva è il petitum dedotto in primo grado, che nella specie atteneva non solo alla procedura selettiva ma anche alla richiesta di annullamento del d.P.C.M. 12 gennaio 2017, nell'aggiornare i livelli essenziali di assistenza di cui all'art. 1, comma 7, d.lgs. n. 502 del 1992, è stato previsto, per l'assistenza protesica (art. 17), il passaggio da un sistema tariffario (sulla base del nomenclatore tariffario approvato con d.m. n. 332 del 1999, con onere a carico del S.S.N. e remunerazione diretta al prestatore) a un sistema di messa a gara ad evidenza pubblica dell'erogazione dei dispositivi protesici.

Rileva infatti, solo che in primo grado era stato impugnato anche il decreto del Presidente del consiglio dei Ministri, con efficacia sull'intero territorio nazionale.

4. Non è suscettibile di positiva valutazione neanche l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, sollevata dall'Azienda sanitaria per asserita carenza di interesse per avere la società presentato domanda di partecipazione alla gara.

A prescindere dal rilievo che la società Amplifon ha espressamente chiarito di aver presentato la domanda di partecipazione alla gara al solo fine di evitare che le fosse contestato, in sede giudiziaria, di non avere radicato il proprio interesse, è assorbente la considerazione che essa contesta in radice l'indizione della procedura in pendenza della gara centralizzata, che verrebbe ad essere essenzialmente privata di interesse.

5. Passando al merito, è dedotto innanzitutto l'illegittimo ed immotivato ricorso alla gara ponte nonché la sproporzione delle cifre poste a base delle due gare rispetto ai bacini di utenza, sul rilievo che la procedura indetta dall'Azienda sanitaria di Matera – peraltro non supportata da congrua istruttoria e motivazione – incide per ben il 23% sulla gara centralizzata, con la conseguenza che la procedura di gara negoziata espletata in via autonoma da parte della Asl di Matera priverà di significato economico quella in corso di svolgimento da parte della Stazione unica appaltante della Regione Basilicata.

Giova premettere che, contrariamente a quanto affermato dalla appellante, la determina a contrarre ex art. 32, d.lgs. n. 50 del 2016 del 30 maggio 2018 reca una sintetica ma certamente congrua individuazione delle ragioni sottese alla procedura, da rinvenire nella necessità di reperire materiale protesico “per un fabbisogno strettamente necessario, nelle more della gara regionale in corso di esecuzione”. Evidente dunque l'intento dell'Azienda sanitaria che, a fronte di una domanda – attuale o stimata – di protesi superiore alle scorte e per assicurare la prestazione sanitaria agli utenti, ha ritenuto opportuno approvvigionarsi con una propria procedura prevedendo tempi non brevi per la conclusione della gara centralizzata. Ha peraltro ben chiarito che tale fornitura era per coprire lo “stretto necessario” e solo perché era ancora in corso la procedura bandita dalla Stazione unica appaltante della Regione Basilicata e non c'erano altri contratti attivi o accordi di collaborazione tra soggetti aggregatori. A corollario di tale previsione e a dimostrazione dell'effettivo intendimento della Asl di indire

una procedura “ponte”, l’art. 2 del disciplinare aggiungeva, con rappresentazione anche graficamente maggiormente evidente rispetto a tutte le altre disposizioni, che “il contratto relativo alla fornitura del presente appalto è da intendersi in ogni caso anticipatamente risolto se, nel frattempo, intervenga l’aggiudicazione della corrispondente gara d’appalto regionale da parte della Stazione Unica Appaltante della Regione Basilicata (SUA-RB) in ossequio alla legge regionale del 8 agosto 2013, n. 18 e ss.mm. e ii.”. Evidente è dunque la stretta connessione tra la procedura indetta dalla Asl di Matera e quella centralizzata: la prima trae la sua essenza nella pendenza della gara regionale.

Tale essendo le ragioni sottese alla procedura impugnata, il Collegio ritiene che l’Azienda sanitaria di Matera abbia agito avendo ben presenti gli obblighi che ad essa fanno capo, id est, in via primaria, assicurare agli utenti del servizio sanitario le prestazioni di cui necessitano. Sarebbe certamente stata passibile di censura ove avesse opposto al cittadino avente diritto ad una protesi acustica che le scorte erano finite e che occorreva attendere la conclusione di una gara, peraltro di incerta durata.

Detto presupposto giustifica anche la decisione di appaltare la fornitura di apparati protesici (e i servizi alla stessa strettamente connessi) per un importo presunto a base d’asta di 180.000,00 euro che, essendo inferiore alla soglia comunitaria ex art. 35, comma 1, lett c), d.lgs. n. 50 del 2016, consente il ricorso alla procedura negoziata senza bando, con “consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti” (art. 36, comma 2, lett. c, d.lgs. n. 50 del 2016).

Si tratta, quindi, di una gara ponte ben giustificata e che non vanifica quella bandita dalla Stazione Unica Appaltante della Regione Basilicata, che ha, anzi, costituito il parametro per l’individuazione della richiesta dei prodotti da acquisire e la cui conclusione rappresenta – in virtù di espressa clausola di anticipata risoluzione – motivo per risolvere anticipatamente il rapporto di fornitura senza diritto ad alcun compenso ulteriore a quello derivante dalle prestazioni effettivamente erogate (art. 2 del disciplinare di gara e art. 4 del capitolato tecnico).

Si tratta, ancora, come si è detto, di importo “presunto” perché presunta è la stima della quantità di protesi (30 per ogni lotto) necessarie, ferma restando la possibilità per la stazione appaltante di acquistare una fornitura ridotta ove la conclusione prossima della gara regionale avesse assicurato la copertura del fabbisogno; conclusione della procedura, peraltro, che invece, ex post, si è rilevata lontana nel tempo, essendo stata la gara annullata dal giudice di appello con la citata sentenza della sez. III, n. 759 del 30 gennaio 2019.

Nel Capitolato tecnico si precisa chiaramente, infatti, che i quantitativi indicati, e dunque l’importo stimato, rappresentano il fabbisogno aziendale presunto annuale, “che ha natura meramente indicativa, e quindi non vincolante per le AS”, nel rispetto di quanto previsto dall’art. 106, comma 12, d.lgs. n. 50 del 2016, e dunque con la possibilità di un aumento o diminuzione della fornitura fino a concorrenza del quinto dell’importo del contratto.

Ciò comporta che non è configurabile alcuna sproporzione tra la gara della Asl di Matera e la procedura prevista a livello regionale trattandosi di importi riducibili, in presenza di un ridotto fabbisogno, di un quinto.

Tale rilievo comporta l'infondatezza del motivo in ordine alla sproporzione tra la procedura impugnata e quella posta in essere dalla Stazione unica appaltante Regione Basilicata perché, per come è congegnata, rifletterà la reale esigenza protesica degli utenti dell'Azienda sanitaria di Matera.

6. Neppure è configurabile la violazione, attraverso la previsione di 10 lotti, del divieto di frazionare l'oggetto delle procedure ad evidenza pubblica onde sottrarre gli affidamenti alle più restrittive regole vigenti per gli affidamenti sopra soglia.

La previsione di dieci distinti lotti si giustifica con le caratteristiche tecniche di ciascuna protesi e con la possibilità quindi di rimodulare la quantità - che, come si è detto, è indicativa - in relazione a ciascun tipo di apparecchio

7. Anche gli ulteriori motivi sono privi di fondamento.

Giova ricordare che l'oggetto dell'appalto non si esaurisce nella fornitura delle protesi ma alla stessa si aggiungono una serie di prestazioni, quali la relativa installazione dell'apparecchio e la spiegazione, all'assistito o ad un suo familiare, del suo funzionamento, il collaudo, nonché l'adattamento e personalizzazione dell'ausilio protesico da parte di tecnici abilitati all'esercizio della professione sanitaria. E' inoltre prevista l'attivazione del servizio call center che faccia fronte ad eventuali richieste di delucidazioni relative alla fornitura, allo stato degli ordinativi in atto, alla loro gestione e smaltimento. E', infine, prevista una manutenzione preventiva (che mira ad evitare l'insorgenza di guasti e consiste in procedure periodiche di verifica, controllo, messa a punto, costituzione di parti di ricambio e parti soggette ad usura ed eventuale adeguamento), una correttiva (consistente nell'accertamento della presenza di guasti, di malfunzionamento e di sostituzione di parti usurate) ed una straordinaria (consistente in lavori di personalizzazione di alcuni ausili, eseguiti da tecnici specializzati, su autorizzazione della Asl).

8. E' ancora priva di pregio, in punto di fatto, la censura relativa alla mancata garanzia di una adeguata personalizzazione del dispositivo: l'art. 5 del capitolato tecnico prevede, come si è detto, la presenza di professionisti abilitati che cureranno proprio l'adattamento dell'ausilio acustico all'utente, senza ulteriori oneri a carico dell'amministrazione; il successivo art. 7 prevede poi che sia assicurata la manutenzione straordinaria per i "lavori di personalizzazione di alcuni ausili, eseguiti da tecnico specializzato". I prodotti acquistati dalla Azienda sanitaria, di 10 tipologie diverse, non sono quindi "standard", essendo adattabili e adattati alla concreta esigenza dell'utente. Assorbente è infatti la previsione che gli apparecchi saranno personalizzati in relazione alle esigenze dell'utente, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 17, comma 4, d.P.C.M. 12 gennaio 2017. 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.

Corollario obbligato di quanto sopra chiarito è che eventuali deficienze nell'adattamento della protesi alle necessità dell'utente si rifletteranno sulla corretta esecuzione dell'appalto perché

attengono alla fase dell'adempimento contrattuale.

8. Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c.. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati, infatti, dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

9. In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va respinto e va, dunque, confermata la sentenza del Tar Lazio, che ha respinto il ricorso di primo grado.

La complessità della vicenda contenziosa giustifica la compensazione delle spese e degli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti in causa le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

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