



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA CAMPANIA
NAPOLI**

PRIMA SEZIONE

Registro Sentenze: 9418 /2008

Registro Generale: 2710/2008

nelle persone dei Signori:

ANTONIO GUIDA Presidente

PAOLO CORCIULO Consigliere , estensore

CARLO DELL'OLIO Referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Sul ricorso **2710/2008** proposto da: **1) F.I.O.T.O. - FEDERAZIONE ITALIANA TRA OPERATORI NELLA TECNICA ORTOPEDICA; 2) A.R.C.O. ASSOCIAZIONE REGIONE CAMPANIA AZIENDE ORTOPEDICHE; 3) ORTOCENTER DI ZUNGRI ANNAMARIA; 4) PODO ORTESI MEDICAL S.R.L; 5) F.LLI RICCI S.N.C. DI RICCI ANTONIO E C.** tutte rappresentate e difese dall'avvocato **LUIGI ADINOLFI** con domicilio eletto in **NAPOLI VIA PO,1-P.PARVA DOMUS** presso avvocato **SORGENTE**;

contro

A.S.L. NAPOLI 2 in persona del Direttore Generale p.t. rappresentata e difesa dagli avvocati **FLORIO ANTONELLA, ALFANO FRANCESCO GIUSEPPE, CAPALDI BENVENUTO FABRIZIO** con domicilio in Napoli presso Segreteria TAR Campania;

per l'annullamento,

della procedura di gara indetta dall'ASL NA2 per la fornitura, gestione organizzativa, inventariazione, manutenzione, informatizzazione, igienizzazione, maganizzazione, consegna e ritiro a domicilio di protesi e ausili; della delibera n.1373 del 18.12.07 e della delibera n.1156 del 26.10.07; del bando di gara e relativi allegati; della nota D.G. ASL del 22.4.08 prot. n.31700; di ogni altro atto preordinato, connesso e conseguente.

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la costituzione in giudizio della ASL Na 2;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Udito il relatore Consigliere **PAOLO CORCIULO**;

Uditi alla camera di consiglio del 4 giugno 2008 i difensori delle parti come da verbale;

Letto l'art. 9 della legge n. 205/2000;

PREMESSO che

- La ASL Na 2 indiceva una procedura aperta per l'affidamento triennale della fornitura, gestione organizzativa, inventariazione, manutenzione, informatizzazione, igienizzazione, maganizzazione, consegna e ritiro a domicilio di protesi e ausili non personalizzati di cui ed ai sensi dell'elenco n. 1 (non personalizzati), n. 2 e n. 3 del D.M. 27.9.1999 n. 332, che l'ASL Na 2 deve acquistare o ha già acquistato per i disabili aventi diritto e residenti nel territorio di sua competenza;

RILEVATO che

- Avverso il bando, il capitolato e contro le deliberazioni di indizione proponevano ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale la **F.I.O.T.O. - FEDERAZIONE ITALIANA TRA OPERATORI NELLA TECNICA ORTOPEDICA**, la **A.R.C.O. ASSOCIAZIONE REGIONE**

CAMPANIA AZIENDE ORTOPEDICHE, la ORTOCENTER DI ZUNGRI ANNAMARIA, la) PODO ORTESI MEDICAL S.R.L e la F.LLI RICCI S.N.C. DI RICCI ANTONIO E C. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari;

- Rilevavano in primo luogo i ricorrenti che il D.M. n. 332 del 1999 in materia di LEA per i presidi di cui all'elenco n. 1 (ossia quelli che ne prevedono la personalizzazione mediante l'intervento di un tecnico) non consente l'affidamento della fornitura mediante gara ad un unico soggetto, essendo ciò possibile solo per gli ausili prodotti in serie, come confermato anche dal particolare regime tariffario che connota i presidi, tale da escludere l'applicazione di un diverso regime di prezzi; con il secondo motivo i ricorrenti deducevano la violazione dei LEA in relazione alle tariffe minime di vendita che costituiscono indice di qualità, superato dall'applicazione di un regime di prezzi più basso; in terzo luogo, si deduceva che l'affidamento ad un unico soggetto avrebbe creato una illegittima situazione di monopolio, come già segnalato dall'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato; con il quarto motivo si censuravano alcuni specifici aspetti della procedura quanto ai requisiti di ammissione e di valutazione delle offerte; in quinto luogo, si rilevava che l'eccessiva sproporzione tra oggetto del contratto ed il requisito minimo di partecipazione costituito dal fatturato pregresso: infine, si rilevava che la ASL Na 2 nella gara aveva previsto la riutilizzazione dei presidi dati ai disabili, possibilità che in realtà esiste solo per alcuni di essi;
- Si costituiva in giudizio la ASL Na 2 concludendo per il rigetto della domanda cautelare e del ricorso, si cui eccepiva la inammissibilità per carenza di legittimazione sia delle associazioni di categoria che delle singole imprese di ortopedia;
- Alla camera di consiglio del 4 giugno 2008, ritenendo sussistenti tutti i presupposti per una sentenza in forma semplificata, il Tribunale tratteneva la causa per la decisione;

CONSIDERATO che

- Deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse delle singole imprese ricorrenti ad impugnare la gara, in quanto l'utilità che a queste discenderebbe da un accoglimento del ricorso non è affatto collegata alla tutela degli interessi dei disabili, essendo piuttosto l'azione volta alla conservazione di un regime di libero mercato degli ausili non di serie, diversamente affidato al monopolio dell'aggiudicatario;
- Inoltre, essendo fondato il primo motivo di ricorso, ne discende l'irrelevanza ai fini della presente decisione delle ulteriori eccezioni di inammissibilità sollevate dalla resistente Azienda con riferimento alla legittimazione all'intero ricorso delle associazioni di categoria e delle stesse imprese ricorrenti limitatamente alle contestazioni afferenti specifiche regole procedurali;
- Con riguardo al merito della controversia, rileva preliminarmente il Collegio che ai fini della decisione si configura del tutto irrilevante il nuovo Nomenclatore di cui al D.P.C.M. 23 aprile 2008, trattandosi di disciplina sopravvenuta rispetto alla indizione della gara che resta così soggetta alle disposizioni di cui al D.M. Sanità 27 agosto 1999 n. 332;
- tale 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 prevede 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; tale 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 2 e 3 individua un regime di prezzi risultante dall'espletamento di gare pubbliche.

- Ne discende in modo evidente 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;
- Alla fondatezza del ricorso consegue l'annullamento di tutta la gara, non essendo stata la fornitura distinta 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 n. 1,2 e 3 del D.M. 27 agosto 1999 n. 332;
- sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali;

p.q.m.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania I Sezione

- *accoglie il ricorso e per l'effetto annulla gli atti impugnati*
- *spese compensate;*

Così deciso nella camera di consiglio del 4 giugno 2008.

La presente sentenza sarà eseguita dalla Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

IL PRESIDENTE

IL CONSIGLIERE EST.

