



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 504 del 2008, proposto da:
F.I.O.T.O. - Federazione Italiana Fra Operatori Nella Tecnica Ortopedica, e
Protesi Ortopediche Romane di Laineri Milazzo Marco & C. S.n.c., rappresentati e
difesi dagli avv.ti Antonella Bonanno e Massimo Pollina, domiciliati presso il
T.A.R. Umbria in Perugia, via Baglioni, 3;

contro

- Azienda Unità Sanitaria Locale n. 3 dell'Umbria, in persona del direttore generale
pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Marcucci, anche
domiciliatario in Perugia, via Bartolo, 10;
- Azienda Unità Sanitaria Locale n. 3 dell'Umbria, Servizio Provveditorato -
Economato;

per l'annullamento

a) del bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea. del 19
agosto 2008, con il quale la A.S.L. n. 3 dell'Umbria ha indetto una pubblica gara
per l'acquisto e la fornitura in service di ausili tecnici per persone disabili di cui agli
elenchi 1, 2 e 3 dei D.M. n. 332/1999, per le A.S.L. della Regione Umbria n. 3 e 4,

della durata di mesi 12 (rinnovabile per ulteriori mesi 12) e per un importo presunto totale di Euro 2.030.000,00, IVA esclusa;

b) del Capitolato Speciale d'Oneri, limitatamente alla parte relativa ai lotti indicati come "LOTTO 2" e "LOTTO 3", siccome comprensivi degli ausili per disabili inclusi nell'elenco 1 del D.M. 27 agosto 1999 n.332;

c) di ogni altro atto relativo alla procedura di gara in questione, presupposto, connesso e/o consequenziale ai provvedimenti sopra indicati;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della A.S.L. n. 3;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22/04/2009 il dott. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato sulla G.U.C.E. in data 19 agosto 2008, l'A.S.L. n. 3 dell'Umbria ha indetto una gara, da aggiudicare al prezzo più basso, per l'acquisto e la fornitura "in service" di ausili tecnici per persone disabili, per un periodo di 12 mesi, rinnovabili per ulteriori 12 mesi.

I dispositivi oggetto della gara sono quelli di cui agli elenchi nn. 1, 2 e 3 del D.M. 332/1999 ("Regolamento recante norme per le prestazioni di assistenza protesica erogabili nell'ambito del Servizio sanitario nazionale: modalità di erogazione e tariffe") e sono stati suddivisi in cinque lotti.

In particolare, alcuni di quelli riportati nell'elenco n. 1, predetto, risultano inclusi nel lotto n. 2, come "ausili per la mobilità e la posizione seduta carrozzine

pieghevoli 12.21.06/09, carrozzine elettriche 12.21.27.006”, e nel lotto n. 3, come “calzature di serie e plantari”.

2. L’Associazione F.I.O.T.O. – Federazione Italiana fra Operatori nella Tecnica Ortopedica, insieme ad una società che opera da decenni nel settore delle protesi ortopediche, impugna il bando, unitamente al capitolato speciale (limitatamente ai lotti nn. 2 e 3, siccome comprensivi degli ausili per disabili inclusi nell’elenco n. 1, suddetto).

I ricorrenti deducono vizi di violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli articoli 1, 3, 8 e 9 del D.M. 332/1999, nonché di eccesso di potere per difetto dei presupposti e sviamento.

Sostengono, in sintesi, che la normativa vigente non consente in alcun modo la preventiva individuazione di un solo e specifico soggetto erogatore per la fornitura dei dispositivi inclusi nell’elenco n. 1 del nomenclatore citato; e presuppone invece la scelta fiduciaria dell’erogatore da parte dell’utente finale.

3. Resiste, controdeducendo puntualmente, l’A.S.L. n. 3.

4. L’A.S.L. n. 3 eccepisce che, nel mandato a margine del ricorso, le ricorrenti non hanno espressamente conferito al procuratore anche il potere di sottoscrivere l’atto.

L’eccezione può disattendersi senza che sia necessario applicare il principio generale di conservazione degli atti (da ultimo, sulla presunzione che la procura rilasciata a margine del ricorso, nonostante una formulazione incompleta al tipo di azione, sia stata conferita al fine di impugnare l’atto menzionato nel ricorso stesso, cfr. Cons. Stato, VI, 29 aprile 2008, n. 1936).

Sembra infatti evidente che, nel caso concreto, il mandato riferito alla rappresentanza e difesa “nel presente procedimento”, comprenda la sottoscrizione dell’atto introduttivo del giudizio, cui il mandato accede, materialmente e funzionalmente. D’altra parte, il soggetto, nel momento stesso in cui sottoscrive il

mandato a margine, inequivocamente fa suo il contenuto del ricorso. Infine, la validità di atti redatti in tal modo è accettata da una prassi costante e consolidata da decenni.

5. L'Azienda eccepisce inoltre che l'Associazione non sia legittimata, in quanto il bando non lede la sfera di interessi di cui è esponenziale; e, comunque, in quanto gli interessi dei vari associati, di fronte alla scelta sottesa al bando, sono astrattamente diversi e potenzialmente contrastanti.

Il Collegio non ritiene che la compressione del rapporto fiduciario tra fornitore e paziente – ciò che deriverebbe deriva dalla scelta di mettere a gara la fornitura dei dispositivi in questione - possa determinare una lesione soltanto della sfera soggettiva del paziente, e non anche dell'impresa fornitrice/erogatrice del prodotto/servizio e/o del tecnico operatore potenzialmente abilitato a svolgere la (o a partecipare allo svolgimento della) prestazione.

Invece, va condiviso il secondo profilo di inammissibilità.

Infatti, di fronte alla gara in questione, è ragionevole supporre che alcuni degli associati possano avere interesse a partecipare, e a contendersi anche la fornitura dei dispositivi di cui all'elenco n. 1, mentre altri associati possano ritenere più conveniente sottrarre alla gara detti dispositivi.

Si tratta perciò di una impugnazione, di fronte alla quale non si può escludere – ma anzi, è ragionevole supporre – che gli interessi degli associati siano disomogenei e contrastanti, e ciò, per giurisprudenza prevalente, esclude la legittimazione al ricorso dell'associazione come tale (cfr. Cons. Stato, V, 7 febbraio 2006, n. 501; 11 dicembre 1995, n. 1689; IV, 27 aprile 2005, n. 1940).

Il ricorso deve pertanto essere dichiarato in parte inammissibile.

Invece, non vi sono rilievi riguardo alla legittimazione dell'impresa che opera nel settore.

La circostanza che non abbia partecipato alla gara, non appare ostativa, posto che viene censurata proprio l'inclusione nell'ambito dell'oggetto della gara dei dispositivi di cui all'elenco n. 1; vale a dire, la ricorrente, con l'impugnazione, cerca di ottenere che, per dette prestazioni, non venga effettuata alcuna gara.

6. Nel merito, il ricorso è fondato e pertanto deve essere accolto, per le ragioni appresso esposte.

6.1. Le prestazioni di assistenza protesica erogabili nell'ambito del S.S.N. sono state individuate e disciplinate dal D.M. 332/1999 ("Prestazioni di assistenza protesica erogabili nell'ambito del S.S.N. e articolazione del nomenclatore"), emanato in esecuzione dell'articolo 8-sexies, comma 7, del d.lgs 229/1999.

L'articolo 1 del D.M. 332/1999 include i dispositivi e gli ausili di assistenza protesica in tre distinti elenchi.

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", nonché "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". L'applicazione di essi è effettuata da un tecnico ortopedico (comma 2).

L'elenco n. 2 "contiene i dispositivi (ausili tecnici) di serie la cui applicazione o consegna non richiede l'intervento del tecnico abilitato" (comma 3). L'elenco n. 3 "contiene gli apparecchi acquistati direttamente dalle aziende unità sanitarie locali (Usl) ed assegnati in uso" (comma 4).

6.2. E' dunque la normativa secondaria che richiede, quanto meno, la "personalizzazione" dei dispositivi inclusi nell'elenco n. 1 mediante l'intervento di un tecnico.

Detti prodotti sono destinati esclusivamente al paziente al quale sono prescritti dal medico specialista, e per essi è sempre previsto l'intervento di un tecnico abilitato.

Tale distinzione trova corrispondenza nella disciplina dei corrispettivi e dell'individuazione dei fornitori dei dispositivi.

Quanto al regime tariffario:

- per i dispositivi inclusi nell'elenco n. 1, è previsto (articoli 8, comma 1 e 2, del D.M. 332/1999; articolo 4 del D.M. 26 settembre 2006; articolo 2, comma 380, della legge 244/2007) un sistema di prezzi amministrati con un regime tariffario minimo.

- per i dispositivi inclusi negli elenchi n. 2 e n. 3, è previsto un regime di prezzi risultante dall'espletamento di gare pubbliche.

Quanto all'individuazione dei fornitori, ai sensi dell'articolo 3 del D.M. 332/1999:

- «Per l'erogazione dei dispositivi definiti "su misura" ai sensi dell'art. 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'art. 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'art. 11 del medesimo decreto legislativo è messo a disposizione delle regioni.» (comma 1); «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'art. 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'art. 4, comma 7» (comma 2).

- « 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'art. 8, comma 2. (...)» (comma 4).

A quanto sembra, anche la nota del Ministero della salute prot. 7192/dgprog/2-p/1.8.f.u in data 23 marzo 2006, riconduce all'attuazione del principio di libera scelta da parte dell'assistito del soggetto erogante la prestazione sanitaria, la distinzione tra gli ausili di cui all'elenco n. 1 e quelli di cui agli elenchi n. 2 e n. 3, quanto alle modalità di approvvigionamento ed al regime tariffario.

6.3. Nella Regione Umbria, con deliberazione della G.R. n. 927 in data 2 agosto 2000 è stato approvato l'accordo stipulato (ai sensi dell'articolo 9 del D.M. 332/1999) con le associazioni dei fornitori dei dispositivi sanitari di cui all'elenco n. 1, che ha confermato, ai fini dell'erogazione delle prestazioni di assistenza protesica in questione, il regime di erogazione in forma indiretta, sulla base delle tariffe di rimborso stabilite dal D.M. citato.

Con deliberazione n. 1784 in data 17 novembre 2004, sono state definite le nuove tariffe per gli anni 2004 e 2005.

I requisiti per l'iscrizione nell'elenco regionale delle aziende fornitrici di protesi sono stati definiti con deliberazione della G.R. n. 1293 in data 29 luglio 2005.

Quanto allo svolgimento delle procedure pubbliche, ai sensi dell'articolo 8, comma 2, è intervenuta la direttiva di cui alla deliberazione della G.R. n. 172/2001.

6.4. La tesi dell'A.S.L. è che la scelta di inserire (dichiaratamente, “in via sperimentale”) anche i dispositivi di cui all'elenco n. 1, tra quelli per la cui fornitura il contraente viene individuato mediante la procedura di evidenza pubblica, sia giustificata dal “dovere di perseguire politiche gestionali tendenti alla maggiore economicità”.

La A.S.L. sottolinea peraltro che, nell'ambito dei dispositivi di cui all'elenco n. 1, quelli "di fabbricazione continua o di serie finiti" hanno una natura ben diversa dagli altri compresi nell'elenco, che li rende funzionalmente omogenei a quelli inclusi negli elenchi n. 2 e n. 3, e quindi ad essi equiparabili per quanto concerne il significato dell'intervento dell'operatore tecnico.

L'inclusione nei lotti n. 2 e n. 3., contestata dalle ricorrenti, riguarderebbe soltanto i dispositivi "di fabbricazione continua o di serie finiti" (non anche gli altri inclusi nell'elenco n. 1).

La suddivisione tra gli elenchi del D.M. 332/1999 sarebbe quindi discutibile, in quanto ricollega anche a dispositivi di serie una disciplina, tariffaria e di individuazione del soggetto erogatore, giustificata soltanto per i dispositivi effettivamente personalizzati sulle esigenze del paziente.

Per essi, sarebbe invece più corretta l'assimilazione ai dispositivi inclusi negli elenchi n. 2 e n. 3, ai fini dell'individuazione del soggetto erogatore mediante gara pubblica, anche considerata l'assenza di un divieto legislativo di procedere in tal senso.

L'unico obbligo per le Regioni e le A.S.L., sarebbe dunque quello di rivolgersi a soggetti qualificati, e di garantire la presenza di un tecnico abilitato, che possa operare in nome e per conto del fornitore/erogatore attraverso un rapporto di dipendenza o un rapporto di prestazione professionale.

A supporto di detta tesi, la A.S.L. richiama la disciplina del nuovo Nomenclatore di cui al d.P.C.M. in data 23 aprile 2008, antecedente all'indizione della gara in questione, che riconosce l'assimilazione suddetta. Infatti, ricomprende (articolo 17 ss.): gli ausili inseriti nel lotto 2 della gara nell'Allegato 5, elenco 2 A, definendoli "ausili di serie", che richiedono la messa in opera di un tecnico abilitato; e gli ausili

inseriti nel lotto 3 della gara nell'Allegato 5, elenco 2 B, definendoli "ausili di serie pronti per l'uso".

6.5. Il Collegio, a questo punto, non può non rilevare che il d.P.C.M. non era ancora entrato in vigore al momento dell'indizione della gara – circostanza, peraltro, riconosciuta dalla stessa A.S.L.

E che, quindi, la legittimità del bando impugnato deve essere sindacata con riferimento al D.M. 332/1999.

Ciò posto, seppure può convenirsi che il nuovo Nomenclatore indichi una suddivisione dei dispositivi protesici che sembra confortare la tesi della A.S.L. resistente, dal D.M. 332/1999 si evince una diversa impostazione.

Come ha evidenziato una pronuncia intervenuta in una controversia del tutto analoga a quella in esame (cfr. TAR Campania, Napoli, II, 25 luglio 2008, n. 9418 - passata in giudicato, in quanto l'appello è stato dichiarato improcedibile con sentenza Cons. Stato, V, 20 aprile 2009, n. 2717), dall'esame delle disposizioni del D.M. 332/1999:

- «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 S.S.N. 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 S.S.N. 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 addotta dalla stazione appaltante».

6.6. Può apparire discutibile la scelta positiva operata dal D.M. 332/1999, sotto il profilo dell'assimilazione ai dispositivi fatti su misura (e quindi precostituiti, modificati o adattati per un paziente determinato), di quelli di serie che sono semplicemente suscettibili di essere "allestiti a misura" (e cioè, sembra di capire, regolati sulle necessità del paziente che li utilizza, ma non materialmente trasformati nella loro consistenza fisica) da un tecnico.

Tuttavia questa assimilazione, che si riflette nella omessa previsione delle gare pubbliche per individuare il fornitore e nella correlata realizzazione del principio della libera scelta dell'ortopedico da parte del paziente, emerge dalla normativa in modo piuttosto univoco.

D'altro canto, la legittimità del D.M. 332/1999, sotto tale profilo, non è stata messa in dubbio nel presente giudizio.

7. Alla parziale fondatezza del ricorso, nei termini sopra esposti, consegue l'annullamento della gara, nella parte concernente i lotti n. 2 e n. 3, e nella misura in cui detti lotti riguardano anche dispositivi inclusi nell'elenco n. 1 del D.M. 332/1999.

8. Sussistono tuttavia giustificati motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso per quanto concerne la F.I.O.T.O..

Lo accoglie, nei sensi e limiti indicati in parte motiva, per quanto concerne la società ricorrente, e, per l'effetto, annulla "in parte qua" i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 22/04/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Annibale Ferrari, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/07/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO