

Publicato il 21/05/2021

N. 03971/2021REG.PROV.COLL.  
N. 01188/2021 REG.RIC.



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

**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 1188 del 2021, proposto da Amplifon S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso 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 142;

*contro*

Asl Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Libera Valla, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo e Giuseppe Studio Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini 30; Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari – Distretto Socio-Sanitario di Bari, non costituito in giudizio;

*nei confronti*

Sentook di Pennelli Nicola, Nicola Pennelli non costituiti in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n.1604/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Asl Bari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2021 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Franco Ferrari e Libera Valla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

L'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari, Distretto Socio-Sanitario di Bari, ha indetto, con lettera di invito Protocollo n. 87303/2020 dell'8.6.2020 una procedura negoziata, ex 36 c. 2 lett. a) del codice dei contratti pubblici, per la fornitura di n. 35 apparecchi acustici retroauricolari per via aerea, gruppo 1, n. 39 auricolari in materiale morbido e n. 4 auricolari in materiale rigido, per una base d'asta complessiva di € 24.478,41 (“estendibile... nella misura massima del 100% sino ad un valore pari al doppio di ogni singolo lotto, e comunque inferiore alla soglia di 40.000 Euro..)

La lettera di invito è stata impugnata da Amplifon s.p.a. dinanzi al TAR Puglia.

La ricorrente ha contestato la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, la quale disconoscerebbe la componente qualitativa delle offerte e le prestazioni dell'audioprotesista; l'inserimento di una verifica di conformità dei prodotti (ossia una verifica qualitativa degli stessi) dopo l'apertura delle offerte economiche. Ha inoltre contestato all'ASL Bari: i) di aver indetto la procedura *de qua* senza alcuna specifica motivazione in ordine alla scelta operata e senza alcuna previa specifica determina a contrarre ex art. 32 d.lgs. 50/2016 e ii) di aver violato il divieto di frazionare l'oggetto delle procedure ad evidenza pubblica onde evitare che gli affidamenti siano sottratti alle più restrittive regole vigenti per le gare sopra soglia, avendo l'ASL Bari indetto una serie di procedure “parallele” per i vari Distretti Socio-Sanitari in cui la stessa si articola (nel complesso cinque procedure sotto soglia).

Con motivi aggiunti Amplifon ha impugnato dapprima la nota prot. n. 4998 del 26.2.2020 e poi l'aggiudicazione intervenuta, nelle more del giudizio, in favore di Sentook di Pennelli Nicola.

Il TAR ha respinto il ricorso con la sentenza in epigrafe indicata.

Avverso la sentenza, Amplifon s.p.a. ha proposto appello.

Nel giudizio si è costituita l'ASL di Bari e ha chiesto la reiezione del gravame.

La causa è stata trattata all'udienza del 13 maggio 2021 e all'esito è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Trattasi di un contenzioso che concerne una serie di procedure negoziate, tutte aventi a oggetto la fornitura di apparecchi acustici retroauricolari, condotte telematicamente dai direttori dei vari distretti sanitari, in attuazione della nota prot. n. 4998 del 26.2.2020 della Direzione Strategica della ASL BA, la quale, anche al fine di garantire tempestiva risposta ai bisogni espressi dai pazienti a seguito della sospensione determinata dalla emergenza sanitaria, ha disposto che *“i Direttori dei Distretti pongano in essere in autonomia le procedure ad evidenza pubblica necessarie a garantire il rispetto delle indicazioni regionali in materia di approvvigionamento ed erogazione degli ausili di cui agli elenchi 2A e 2B, allegato 5 del D.P.C.M. 12/01/2017, anche in relazione alle esigenze di singoli assistiti nelle more della conclusione delle eventuali gare “ponte” aziendali?”*.

1.1. Tutte le procedure negoziate, poi concretamente avviate, hanno avuto ad oggetto forniture di importo inferiore ai 40.000 euro.

2. Oggetto di questo giudizio è in particolare la procedura indetta dal Distretto socio sanitario di Bari, con lettera di invito Protocollo n. 87303/2020 dell'8.6.2020. Come detto in premessa, essa ha avuto a oggetto la fornitura di n. 35 apparecchi acustici retroauricolari per via aerea Gruppo 1, n. 39 auricolari in materiale morbido e n. 4 auricolari in materiale rigido, per una base d'asta complessiva di € 24.478,41 (*“estendibile... nella misura massima del 100% sino ad un valore pari al doppio di ogni singolo lotto, e comunque inferiore alla soglia di 40.000 Euro..”*).

3. Trattasi di apparecchi per i quali, prima del 2017, vigeva il principio della libera scelta dell'assistito ed il sistema di rimborso a tariffa prestabilita (Decreto Ministeriale - Ministero della Sanità - 27 agosto 1999, n. 332 "Regolamento recante norme per le prestazioni di assistenza protesica erogabili nell'ambito del Servizio sanitario nazionale: modalità di erogazione e tariffe").

3.1. Il d.P.C.M. 12.1.2017 ha radicalmente mutato il modo di acquisizione al SSN di tali dispositivi.

Gli apparecchi acustici sono infatti oggi inclusi nell'Elenco 2A dell'Allegato 5 al d.P.C.M. 12.1.2017, quali *“Ausili di serie che richiedono la messa in opera da parte del tecnico abilitato” e che “a garanzia della corretta utilizzazione da parte dell'assistito in condizioni di sicurezza, devono essere applicati dal professionista sanitario abilitato”* (art. 17) – Classe 22 *“Ausili per comunicazione e informazione”* – 22.06 *“ausili per l'udito”*.

L'art. 19 d.P.C.M. 12.1.2017 prevede che *“Le modalità di erogazione dell'assistenza protesica e di individuazione degli erogatori sono definiti dall'allegato 12”*.

A propria volta, l'Allegato 12 stabilisce, all'art. 3, che *“per l'erogazione dei dispositivi di serie inclusi negli elenchi 2A... di cui al nomenclatore allegato 5 al presente decreto, e per la determinazione dei relativi prezzi di acquisto le regioni e le aziende sanitarie locali stipulano contratti con i fornitori aggiudicatari delle procedure pubbliche di acquisto espletate secondo la normativa vigente”*.

I dispositivi audioprotesici vengono dunque oggi acquisiti al SSN sulla base di procedure ad evidenza pubblica.

4. Le contestazioni sulla base delle quali Amplifon ha chiesto il radicale annullamento della procedura concernono la mancanza di una previa determinazione a contrarre; l'adozione del criterio del prezzo più basso in luogo del miglior rapporto qualità prezzo; la violazione del divieto di frazionamento; l'inserimento di una verifica di conformità dei prodotti (ossia una verifica qualitativa degli stessi) dopo l'apertura delle offerte economiche.

5. Il TAR ha respinto il ricorso sulla base delle seguenti considerazioni.

5.1. Quanto alla determinazione a contrarre ha chiarito che: *“In base a quanto espressamente stabilito dall’art. 32, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016, come interpretato dalle citate linee guida dell’ANAC, pertanto, già la lettera d’invito con le specifiche indicazioni richieste, sarebbe sufficiente, nel caso di specie, a soddisfare le esigenze a cui è finalizzata la delibera a contrarre “semplificata”... In ogni caso, nella fattispecie in esame, come evidenziato nell’ordinanza cautelare n. 405/2020 resa nel corso del presente giudizio, le motivazioni in ordine ai criteri di scelta del contraente si ricavano dalla nota prot. n. 4998 del 26.2.2020, impugnata con il primo atto di motivi aggiunti, con la quale la Direzione strategica dell’Azienda sanitaria ha individuato in capo ai singoli distretti la competenza a porre in essere, in autonomia, le procedure di evidenza pubblica necessarie a garantire il rispetto delle indicazioni regionali in materia di approvvigionamento e erogazione degli ausili?”*

5.2. Quanto alla contestata violazione del divieto di frazionamento, ha ritenuto che: *“nella fattispecie per cui è causa, la quantità delle protesi da acquistare non è determinata dalla valutazione programmatica del fabbisogno, ma dal numero effettivo di richieste che sono pervenute ai singoli distretti competenti. Le singole procedure non sono pertanto il frutto di “frazionamento” (da intendere evidentemente come artificiosa riduzione di un fabbisogno “preventivamente stimato”), bensì sono la naturale conseguenza dalla scelta discrezionale dell’amministrazione di delegare i distretti all’espletamento delle gare, in via d’urgenza, nelle more della gara aziendale in quanto strutture competenti a ricevere e autorizzare le istanze dei pazienti.”*

5.3. In relazione al criterio di aggiudicazione prescelto, il primo giudice ha premesso che *“Le predette doglianze tuttavia non tengono in adeguata considerazione la circostanza che si tratti di appalto al di sotto di € 40.000,00, che, ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. a), del decreto legislativo n. 50/2016, può legittimamente essere oggetto di affidamento diretto “anche senza previa consultazione di due o più operatori economici”. In tale ottica non è corretto il richiamo alla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 759/2019: la fattispecie sottoposta all’attenzione del Giudice di appello riguardava una gara sopra soglia, strutturata di conseguenza in maniera differente rispetto a quella esaminata in questa sede. In quel caso, essendo stato adottato il criterio dell’offerta*

*economicamente più vantaggiosa, le censure riguardavano, infatti, il peso attribuito ad alcuni sub-criteri costituenti lo “elemento qualità” dell’offerta, quali l’effettiva messa a disposizione di un’adeguata gamma di ausili protesici per l’udito, nonché la garanzia dell’adattamento e personalizzazione delle protesi sulla base delle esigenze del singolo assistito”. Ha concluso sul punto, affermando che “Si tratta censure che non possono essere estese alla presente procedura riguardante un appalto al di sotto di € 40.000,00 in cui l’Amministrazione, pur non essendovi tenuta, ha disposto una gara adottando il criterio del minor prezzo.... In ogni caso, le peculiarità delle protesi acustiche (i.e. dispositivi di serie con caratteristiche standardizzate) oggetto della procedure di gara de qua, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, rispondono senz’altro ai requisiti di cui alle linee guida ANAC n. 2 per i quali è prevista la possibilità di adottare il criterio del prezzo più basso (cfr. art. 95, comma, 4 del decreto legislativo n. 50/2016)”.*

5.4. Con riguardo all’ultimo motivo di doglianza con il quale la ricorrente ha contestato la postergazione della verifica d’idoneità tecnica dei prodotti, ha ritenuto che *“Anche tale argomentazione non è condivisibile. Nel caso di specie la verifica d’idoneità tecnica prevista dalla lettera d’invito è unicamente una modalità per garantire, insieme con il collaudo e con l’impegno dei concorrenti di fornire il prodotto secondo i criteri contemplati dalla normativa vigente, la qualità del prodotto”.*

6. L’appellante insiste su tutte le originarie censure, ribadendo e ampliando le argomentazioni, in chiave critica rispetto alle statuizioni del TAR. Segnatamente, evidenzia che l’ASL Bari non ha proceduto a una specifica ricognizione delle proprie esigenze di acquisto, in via generale e preventiva (circostanza asseritamente riconosciuta anche dal TAR), e che il frazionamento è stato invece nella specie deciso a monte a prescindere dalle esigenze di acquisto, tanto è vero che la nota interna che ha dato il via alla vicenda contenziosa risale al 26.2.2020, e afferma, quale *modus operandi* generale, quello di procedere comunque a livello di singolo Distretto.

7. Ritiene il Collegio che questo motivo d’appello - alla cui valutazione deve riconnettersi assorbente priorità logico giuridica (dal frazionamento deriva

infatti l'applicabilità del regime di affidamento diretto su cui il TAR basa il suo ragionamento) - sia fondato.

8. E' un dato di fatto che l'ASL Bari abbia affidato a ciascun singolo Distretto l'esperimento di singole procedure di gara per provvedere all'acquisizione dei dispositivi audioprotesici di che trattasi, e che ad oggi siano state bandite almeno cinque procedure "parallele": gara 81854 per i Distretti nn. 1 e 2; - gare 87303, 87373, 87376 per il Distretto di Bari; gara 91590 per il Distretto n.5. Tutte di importo inferiore alla soglia dei 40.000 euro.

9. A mente dell'art. 35, c. 6, d.lgs. 50/2016 *"Un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino"*.

9.1. Nel caso di specie le ragioni del frazionamento emergono dalla nota prot. n. 4998 del 26.2.2020 della Direzione strategica dell'Azienda sanitaria, ma esse non sono, ad avviso del Collegio, tali da costituire una valida giustificazione.

9.2. Come correttamente evidenziato dall'appellante, infatti, l'ASL non ha compiuto una specifica ricognizione delle proprie esigenze di acquisto, e ha deciso il frazionamento a prescindere dalle stesse, sulla base di valutazioni attinenti all'autonomia tecnico gestionale ed economico finanziaria dei Distretti e alla necessità di una gara "ponte" nelle more di una procedura di gara aziendale.

9.3. In realtà, così facendo, ha frazionato la procedura su base locale, correlandola alle esigenze d'acquisto, note ai singoli distretti, omettendo di procedere ad una attività di ricognizione del fabbisogno, invero semplice da effettuare sol che si fosse provveduto alla mera sommatoria dei dati provenienti dai distretti.

9.4. Il risultato è stato il frazionamento del fabbisogno aziendale, non solo su base locale, ma anche su base temporale, posto che si è consentito l'utilizzo di una serie parallela di procedure di affidamento diretto (come spiegato dal TAR la previa consultazione e la competizione sul prezzo delle imprese invitate è solo il frutto di un autovincolo del distretti), nell'ambito del

territorio dell'Azienda sanitaria, per importi "estensibili" sino a 40.000 euro, teoricamente replicabili una volta che il fabbisogno torni a riquotarsi in sede locale.

9.5. E' evidente che un siffatto *modus procedendi* scardina il principio di corretta programmazione del fabbisogno a livello aziendale, e di fatto vanifica l'utilizzo di strumenti e procedure contrattuali coniate dal codice dei contratti pubblici quali, ad es., l'accordo quadro di cui all'art. 54; comunque eludendo, in assenza di ragioni oggettive, l'applicazione di procedure di evidenza pubblica maggiormente strutturate e garantiste, che invece si applicherebbero ove l'acquisto fosse centralizzato in capo all'Azienda sanitaria.

10. Il Collegio non disconosce l'orientamento fornito dalla Sezione con decisione 3566/2020, avente anch'essa a oggetto la fornitura di apparecchi acustici. In quel caso però trattavasi di una gara "ponte" bandita dall'ASL (non dai singoli distretti) - nelle more della definizione della gara bandita dalla stazione unica appaltante regionale, all'epoca oggetto di contenzioso - posta in stretta connessione con la gara regionale, come chiaramente si evince dalla previsione espressa di una clausola di anticipata risoluzione riferita all'eventuale intervento "*nel frattempo dell'aggiudicazione della corrispondente gara d'appalto regionale da parte della Stazione Unica Appaltante della Regione*".

10.1. Nulla di tutto ciò si rinviene nel caso in esame, in cui invece è la stessa ASL ad autorizzare le plurime gare ponte, pur accingendosi dichiaratamente la stessa a bandire una gara aziendale (dalla nota prot. n. 4998 del 26.2.2020 si evince la costituzione di un gruppo di lavoro aziendale per la redazione degli atti di gara, con assegnazione del termine di trenta giorni per la definizione). Non risulta, dagli atti processuali se poi la gara aziendale (ossia, quella nelle more della quale i distretti hanno agito in modo frazionato) si sia effettivamente svolta, né che vi sia stata una stretta correlazione fra le plurime procedure distrettuali sotto soglia e quella aziendale in via di predisposizione, a riprova che la scelta organizzativa si è in definitiva risolta unicamente in un

frazionamento strumentale all'utilizzo di procedure negoziate in luogo di quelle aperte o ristrette ex lege previste.

11. L'accoglimento del motivo d'appello rende ultroneo l'esame degli altri, in quanto afferenti a procedura il cui utilizzo si è rivelato, in radice, frutto di un'illegitima scelta aziendale.

12. L'appello deve in conclusione essere accolto.

13. Avuto riguardo alla novità delle questioni, il Collegio ritiene sussistano giusti motivi per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie. Per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, annulla gli atti impugnati in primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Giulio Veltri**

**IL PRESIDENTE**

**Marco Lipari**

IL SEGRETARIO

