



Rivista IUS et SALUS

Roma, 7.08.2020

## **Sulla legittimità di una gara “ponte” per dispositivi audioprotesici in attesa della conclusione della gara centralizzata**

*di Giampaolo Austa, Avvocato e dottore di ricerca in diritto dell'arbitrato interno e internazionale*

**Cons. Stato, sez. III, 5.06.2020, sentenza n. 3566.**

***Amplifon S.p.A. c./ Azienda Sanitaria Locale di Matera et al.***

*È legittima la determina a contrarre relativa a una gara “ponte” che reca una sintetica ma 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.*

---

La sentenza che si commenta riguarda la legittimità di una gara “ponte” per la fornitura di dispositivi medici ed esattamente materiale protesico.

Prima di illustrare la sentenza in commento è opportuna una premessa.

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).

Una società *leader* del mercato, insieme ad una associazione di categoria, ha contestato il sistema della gara pubblica per l’approvvigionamento in argomento. Il Consiglio di Stato sez. terza, con la sentenza n. 759 del 30.01.2019, ha confermato la decisione del TAR Lazio – Roma, sez. III-*quater*, n. 4186 del 16.04.2018, ritenendo legittima la fornitura degli apparecchi acustici destinati agli enti del SSN tramite gara ad evidenza pubblica. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, *“Fermo restando che il principio di libertà di personalizzazione della cura garantito all’assistito deve essda parte ere contemperato con l’interesse costituzionalmente tutelato della programmazione, volto a realizzare un contenimento della spesa pubblica ed una razionalizzazione del sistema sanitario, il quadro prestazionale definito dal D.P.C.M. 12 gennaio 2017, che ha determinato il passaggio dal sistema tariffario a quello della messa a gara pubblica dell’approvvigionamento degli apparecchi acustici a carico del Servizio Sanitario Nazionale, assicura una adeguata personalizzazione dell’erogazione delle audioprotesi, sia sotto il profilo della disponibilità di una congrua gamma di dispositivi audioprotesici, sia sotto quello della individuazione, applicazione ed adattamento del dispositivo più consono a ciascun paziente”*.

\*

Tanto premesso, la sentenza in commento riguarda una. gara “ponte” indetta dalla ASL di Matera nelle more della conclusione della gara centralizzata della committenza regionale.

Sulla questione delle gare “ponte” - molto frequenti in sanità stante la lenta definizione delle gare centralizzate - si rinvencono precise indicazioni nella circolare del 19.02.2016, prot. n. 20518, del Ministero dell’Economia e delle Finanze, adottata di concerto con il Ministero della Salute.

In base alla circolare citata, gli enti del SSN possono, per il tempo strettamente necessario e fino all’avvenuta attivazione del contratto da parte della centrale d’acquisto di riferimento:

- a) stipulare un *contratto “ponte”*, ai sensi dell’articolo 63, comma 2, lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016 (procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara – precedentemente regolata dall’art. 57, comma 2, lett. c) del d.lgs. 163/2006);

- b) stipulare un *contratto “ponte”*, nel caso in cui il contratto in scadenza lo avesse previsto, ai sensi dell’articolo 63, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016 per “*la ripetizione di servizi analoghi*” (in precedenza art. 57, comma 5, lett. b) d.lgs. 163/2006); o
- c) procedere con la proroga dell’affidamento in essere se originariamente prevista dal contratto e dalla legge di gara.

La sentenza che si commenta rientra nella fattispecie sub a), trattandosi di una procedura negoziata senza bando per l’affidamento della fornitura di dispositivi audioprotesici.

La ricorrente Amplifon (da ora anche solo la “Società” o la “Appellante”) ha impugnato la gara indetta dalla ASL di Matera (da ora anche solo la “ASL”) perché, a suo dire, la stazione appaltante avrebbe: (i) fatto ricorso alla gara “ponte” in carenza dei necessari presupposti di legge e, comunque, in maniera immotivata, (ii) svuotando di interesse la parallela gara indetta dalla Stazione Unica Appaltante della Regione Basilicata (di seguito, “SUA”).

In primo grado, il TAR Lazio, sez. III-*quater*, con la sentenza n. 11300 del 24.09.2019, ha ritenuto che:

- i. la Asl aveva legittimamente proceduto all’affidamento con le procedure previste dall’art. 36, d.lgs. n. 50 del 2016 e che non vi sarebbe stato contrasto con la procedura indetta dalla SUA, data la presenza della clausola risolutiva espressa per l’ipotesi in cui fosse, nel frattempo, intervenuta l’aggiudicazione della gara centralizzata;
- ii. la gara “ponte” ha risposto all’esigenza di assicurare agli utenti il servizio di assistenza protesica nelle more dell’espletamento della gara centralizzata;
- iii. peraltro, l’appalto non si esauriva 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.

La sentenza è stata impugnata dinanzi al Consiglio di Stato.

In particolare, l’Appellante, ha lamentato che il TAR:

- i. non avrebbe adeguatamente considerato la sproporzione dei valori della gara indetta dalla ASL (€ 180.000) e quello della gara indetta dalla SUA (€ 773.149,08);
- ii. non avrebbe rilevato che la procedura indetta dalla ASL non consentirebbe l’acquisizione di prodotti e di prestazioni di qualità, prevedendo, al contrario, la mera fornitura di prodotti standard.

La Terza Sezione del Consiglio di Stato rigettando l’appello ha affermato la legittimità dell’azione amministrativa sottolineando che la determina a contrarre adottata dalla ASL *ex* articolo 32 del d.lgs. 50/2016 recava una sintetica, ma 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*”.

Il Consiglio di Stato ha, poi, evidenziato che la ASL aveva ben chiarito che la fornitura era (i) finalizzata a coprire il fabbisogno strettamente necessario e indispensabile nelle more della gara bandita dalla SUA della Regione Basilicata. La contestuale assenza di altri contratti attivi o accordi di collaborazione tra soggetti aggregatori (cfr. la delibera n. 781 del 4 settembre 2019 adottata dall’Autorità Nazionale Anticorruzione – A.N.AC. e recante “*Aggiornamento dell’elenco dei soggetti aggregatori*”) aveva posto la ASL dinanzi alla scelta obbligata di ricorrere alla gara “ponte”.

Conclude il Consiglio di Stato che a corollario di tale previsione e a dimostrazione dell’effettivo intendimento della ASL di indire una procedura “ponte”, l’articolo 2 della *lex specialis* di gara aggiungeva - con rappresentazione graficamente distinguibile 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 conclusione, il Supremo Consesso della giustizia amministrativa ha ritenuto che la ASL aveva agito nel rispetto degli obblighi istituzionali, *id est*, in via primaria, assicurare agli utenti del servizio sanitario le prestazioni necessarie non potendo attendere la conclusione di una gara, peraltro di incerta durata.

Si è trattato, quindi, ad avviso del Consiglio di Stato, di una gara “ponte” legittima e ben giustificata inidonea a svuotare di significato - come sostenuto dall’appellante - quella bandita dalla SUA della Regione Basilicata. Al contrario, quest’ultima gara ha costituito il parametro per l’individuazione della richiesta dei prodotti da acquisire e la cui conclusione rappresenta – in virtù di una clausola espressamente prevista dalla *lex specialis* – causa di risoluzione del contratto di fornitura con la ASL senza diritto ad alcun compenso ulteriore rispetto a quello derivante dalle prestazioni effettivamente erogate.

Il Consiglio di Stato ha anche ritenuto giustificata la decisione di appaltare la fornitura per un importo presunto, perché presunta era la stima della quantità di protesi necessarie, ferma restando la possibilità, per la stazione appaltante, di acquistare una fornitura ridotta ove la conclusione della gara regionale avesse assicurato la copertura del fabbisogno.

Sotto il profilo dell’asserita sproporzione tra il valore delle gare indette dalla ASL e dalla SUA, si segnala che il Capitolato Tecnico, afferente alla gara centralizzata precisava chiaramente che i quantitativi indicati, e dunque l’importo stimato, rappresentavano il fabbisogno aziendale presunto annuale, “*che ha natura meramente indicativa, e quindi non vincolante per le AS [le Aziende Sanitarie Locali della Regione]*”. Ciò nel rispetto della normativa vigente in materia e, segnatamente, di quanto previsto dall’articolo 106, co. 12, del d.lgs. 50/2016, ovvero, con la possibilità di un aumento o diminuzione della fornitura fino a concorrenza del quinto dell’importo del contratto (c.d. quinto d’obbligo).

In sintesi, secondo il Consiglio di Stato, non era configurabile alcuna sproporzione tra la gara della ASL e la procedura prevista a livello regionale, trattandosi di importi stimati e comunque riducibili nel caso (i) di

conclusione della gara centralizzate e/o (ii) di un ridotto fabbisogno, fino a un quinto dell'importo totale ai sensi dell'art. 106, comma 12, d.lgs. 50/2016.

La sentenza in commento è l'occasione per evidenziare quelli che, secondo la giurisprudenza amministrativa, sono i presupposti che legittimano un ente del SSN ad indire una gara "ponte" nelle more della definizione della procedura centralizzata. Innanzitutto, non vi devono essere delle alternative percorribili (ad es. convenzioni) riconducibili a centrali di committenza regionali o a Consip. Inoltre, la stazione appaltante deve motivare, in maniera congrua anche se sintetica, la necessità e l'urgenza che impongono l'indizione di una procedura autonoma nelle more della definizione di quella centralizzata, inserendo nella *lex specialis* e, poi, nel contratto, una clausola risolutiva nel caso di aggiudicazione della gara centralizzata.

**Precedenti giurisprudenziali:**

- Tar Campania – Napoli, sez. V, 27.02.2020, n. 890;
- Cons. Stato, sez. III, 8.10.2018, n. 5766;
- Tar Lazio – Roma, sez. III-*quater*, 27.07.2017, n. 9014;
- TAR Lombardia – Milano, sez. IV, 10.11.2017, n. 2128.