

APPALTI: Gara - Aggiudicazione - Criterio del prezzo più basso - Ove la prestazione richiesta agli operatori economici non costituisca mera fornitura di apparecchiature, bensì un vero e proprio servizio sanitario - Illegittimità - Necessità del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tar Puglia - Bari, Sez. II, 21 marzo 2022, n. 405

“[...] la prestazione richiesta agli operatori economici non costituisca mera fornitura di apparecchiature elettromedicali, con le annesse attività d'installazione e di manutenzione, bensì un vero e proprio servizio sanitario. A tal fine rileva non solo e non tanto la previsione della redazione del “Piano di Gestione del paziente”, ma soprattutto la previsione della formazione per il personale sanitario e non, e le Linee Guida regionali in conformità alle quali, ai sensi dell'art. 7 del capitolato, deve essere svolto il servizio e che, dunque, integrano per relationem la lex di gara [...] tali Linee Guida disvelano il carattere assolutamente non standardizzato delle prestazioni assistenziali collaterali alla fornitura dei dispositivi medicali [...].

[...] Trattandosi di un servizio sanitario non standardizzato non v'è dubbio che la scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo sia illegittima.

[...] La decisione della azienda sanitaria di privilegiare il criterio di aggiudicazione del minor prezzo pur in presenza di prestazioni non connotate in termini di standardizzazione appare pertanto illogica [...].”

FATTO e DIRITTO

1.1 La Vitalaire Italia S.p.A., società italiana che vanta esperienza nel settore dell'assistenza domiciliare mediante l'utilizzo di dispositivi medici per pazienti affetti da insufficienza respiratoria in assistenza domiciliare e/o ospedaliera, ha partecipato alla procedura competitiva indetta con delibera commissariale n. 1186 del 3 luglio 2021 dalla ASL BT. L'azienda sanitaria predetta ha dato avvio ad una procedura ponte *ex art. 60 del d. lgs. n. 50 del 2016* per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici ai sensi dell'art. 54, comma 4, lett. a), del medesimo codice dei contratti pubblici, finalizzato all'affidamento annuale, con eventuale proroga di ulteriori 12 mesi, del servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare. Il criterio di aggiudicazione prescelto è stato quello del *“minor prezzo, previo parere di conformità, ai sensi dell'art. 95, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, essendo le caratteristiche della fornitura standardizzate”*. In linea di continuità, con il criterio di aggiudicazione del minor prezzo, la legge di gara ha previsto che i dispositivi medicali da fornire alla stazione appaltante sarebbero stati individuati in base al criterio dell'appropriatezza terapeutica-assistenziale individuato in fase prescrittiva sulla base delle

esigenze cliniche dell'utenza. E, di seguito, si è previsto che la scelta dell'operatore economico a cui affidare di volta in volta il singolo noleggio delle apparecchiature, avverrà in base alle indicazioni fornite dallo specialista pneumologo prescrittore sulle specifiche esigenze del paziente, optando comunque, in presenza di presidi comparabili, per la scelta economicamente più vantaggiosa". La ricorrente non manca di evidenziare che l'oggetto della procedura "*è l'affidamento della Gestione Terapeutica del paziente in Ventiloterapia Meccanica Domiciliare*". Così come va sottolineato che, nell'ambito della esecuzione della fornitura al domicilio del paziente, sono state previste prestazioni assistenziali a cura di personale specializzato della ditta aggiudicataria, ivi incluse la manutenzione preventiva (programmata), la manutenzione straordinaria/correttiva e "la formazione del personale che, su richiesta dell'Azienda acquirente, dovrà essere fornita entro 10 giorni dalla consegna, come di seguito dettagliato: – corsi di formazione per il personale sanitario e non relativi al corretto utilizzo e manutenzione ordinaria affidata all'operatore; – protocollo di manutenzione preventiva specifico per l'apparecchiatura offerta e cronoprogramma indicativo delle manutenzioni preventive e/o evolutive"; – per ciascun utente preso in carico la ditta esecutrice del servizio dovrà predisporre, entro 24 ore dalla richiesta di attivazione, il "Piani di gestione del Paziente" che prevede il calendario di consegna del materiale di consumo e l'esecuzione del servizio di manutenzione e ordinaria. E poi previsto l'assicurazione del supporto informatico per la gestione dei flussi informativi gestionali, clinici e amministrativi. L'art. 7 del capitolato, infine, ha previsto che "*il servizio deve essere svolto in conformità alle Linee Guida per la ventilazione polmonare domiciliare*" oltre al rispetto delle norme comunitarie e nazionali che eventualmente entreranno in vigore durante la vigenza del servizio.

1.2 La ricorrente, presentata la propria offerta, insorge avverso il bando di gara e gli atti presupposti censurando la scelta del minor prezzo quale criterio di aggiudicazione del servizio.

Con un unico articolato motivo di ricorso, deduce la violazione della normativa di settore e l'eccesso di potere per difetto d'istruttoria, errore di fatto, irragionevolezza e difetto di motivazione.

Premesso che l'oggetto dell'affidamento è la "*gestione terapeutica del paziente in ventiloterapia meccanica domiciliare*" (art. 2 del capitolato) e dunque un servizio sanitario, deduce che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 152, commi 5 *bis* e 5 *septies*, del codice dei contratti pubblici, si sarebbe dovuto adottare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. Censura altresì: – l'insufficienza della motivazione posta a base della scelta del criterio del minor prezzo, non potendo condividersi l'assunto della stazione appaltante per cui si tratterebbe di una fornitura con caratteristiche standardizzate; –

l'erroneità della disciplina di gara nella parte in cui richiama l'allegato al DPCM 12 gennaio 2017 sulle modalità di erogazione dei dispositivi medici monouso, venendo, invece, in considerazione gli ausili per terapia respiratoria di categoria 04.03, classe 4, di cui all'allegato 2b al medesimo DPCM; – la mancata redazione della relazione tecnico – illustrata di cui all'art. 23, comma 5, del codice e la mancata indicazione dei costi della manodopera, che si traduce, quest'ultima, in una carenza dei dati essenziali per la formulazione dell'offerta. Conclude per l'annullamento degli atti impugnati.

L'Azienda sanitaria, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità del gravame per acquiescenza implicita e, nel merito, l'infondatezza, invocandone la reiezione.

Previo deposito di ulteriore memoria da parte della ricorrente, la causa viene ritenuta per la decisione alla pubblica udienza del 14 dicembre 2021.

2 *In primis*, va respinta l'eccezione d'inammissibilità per acquiescenza implicita. È noto, infatti, che la partecipazione alla gara non comporta l'inoppugnabilità della *lex specialis*, pena una inammissibile esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2017, n. 5438).

2.1 Quanto al merito della presente controversia, il ricorso è fondato. Il Collegio reputa che, nel caso di specie, la prestazione richiesta agli operatori economici non costituisca mera fornitura di apparecchiature elettromedicali, con le annesse attività d'installazione e di manutenzione, bensì un vero e proprio servizio sanitario. A tal fine rileva non solo e non tanto la previsione della redazione del "Piano di Gestione del paziente", ma soprattutto la previsione della formazione per il personale sanitario e non, e le Linee Guida regionali in conformità alle quali, ai sensi dell'art. 7 del capitolato, deve essere svolto il servizio e che, dunque, integrano per *relationem* la *lex* di gara.

Contrariamente a quanto ritenuto dalla difesa della resistente, tali Linee Guida disvelano il carattere assolutamente non standardizzato delle prestazioni assistenziali collaterali alla fornitura dei dispositivi medicali. Ed invero, le "Linee Guida regionali sulla ventilazione domiciliare: definizione ed acquisizione dei ventilatori per il trattamento ospedaliero e domiciliare della insufficienza respiratoria cronica e dei disturbi respiratori del sonno" sono state adottate con deliberazione del direttore generale dell'ARES Puglia n. 129 del 2013 e, pur non depositate dalle controparti e solo richiamate in memoria dalla difesa della resistente, sono agevolmente reperibili sul sito web istituzionale dell'ARES in quanto contenute in un atto pubblico e dunque conoscibili. A pagina 81 del documento in esame, al secondo paragrafo del capitolo "Il ruolo della ditta fornitrice dei

ventilatori” si legge che “Il personale fornito dal provider deve: a. lavorare in modo coordinato con il centro prescrittore e con lo specialista che ha in cura il paziente a domicilio; b. essere addestrato a relazionarsi adeguatamente con i pazienti; c. conoscere le apparecchiature e le tecnologie applicate al domicilio; d. essere in grado di addestrare il paziente e/o il care-giver al corretto utilizzo dei presidi forniti in base alle norme di funzionamento e di sicurezza; e. impostare i parametri del ventilatore solo previa autorizzazione del centro prescrittore e con lo specialista che ha in cura il paziente a domicilio; f. garantire la reperibilità telefonica 24 ore/die; g. rispettare la riservatezza dei dati clinici e la privacy del paziente”. Tale descrizione, peraltro, segue quella relativa alle garanzie di natura tecnica richieste alla ditta fornitrice, ragion per cui è proprio quanto richiamato dalla difesa della resistente a dimostrare che le attività che formano oggetto dell’affidamento controverso sono tutt’altro che standardizzate, ben potendo essere rese con modalità diverse da operatore a operatore. Peraltro, mentre per la qualità delle apparecchiature esistono specifiche norme europee e nazionali di conformità (richiamate dall’art. 3 del capitolato), per i servizi che devono essere resi dal personale della ditta esiste solo il richiamo alle Linee Guida in discorso, necessariamente generiche e dunque suscettibili di essere attuate con prestazioni di più o meno elevata qualità. Trattandosi di un servizio sanitario non standardizzato non v’è dubbio che la scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo sia illegittima. Ed invero, l’insieme delle prestazioni poste a carico della ditta fornitrice e aggiudicataria del servizio di ventiloterapia domiciliare appare senz’altro incompatibile con la mera valorizzazione dell’elemento del prezzo offerto per l’esecuzione dell’appalto. La scelta del predetto criterio di aggiudicazione è dunque idonea a recare un pregiudizio alla posizione soggettiva dell’operatore economico il quale, in forza della propria organizzazione dei fattori della produzione, è in grado di offrire un servizio con caratteristiche tecniche più appetibili dei competitori. La decisione della azienda sanitaria di privilegiare il criterio di aggiudicazione del minor prezzo pur in presenza di prestazioni non connotate in termini di standardizzazione appare pertanto illogica. In forza delle suesposte argomentazioni, il ricorso è fondato con conseguente annullamento degli atti impugnati. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Azienda sanitaria locale BAT alla rifusione delle spese di lite in favore della parte ricorrente che liquida nella misura di euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre al recupero del contributo unificato e agli accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Dibello, Presidente FF

Donatella Testini, Primo Referendario, Estensore

Lorenzo Ieva, Referendario

IL SEGRETARIO