

Pubblicato il 10/12/2020

N. 01604/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00598/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 598 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Amplifon s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE) e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Fabrizio Lofoco in Bari, via Pasquale Fiore, 14;

contro

Azienda sanitaria locale Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Libera Valla, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE) e con domicilio eletto presso la struttura burocratico-legale dell'Ente in Bari, lungomare Starita, 6;

Azienda sanitaria locale della Provincia di Bari - Distretto socio-sanitario di Bari, non costituita in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS- quale titolare dell'impresa individuale Sentook di -OMISSIS-, non costituito in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

a) della “Indagine di mercato con aggiudicazione al prezzo più basso, per la fornitura di apparecchi acustici Gruppo 1 per assistiti del DSS di Bari” - protocollo n. 87303/2020 del giorno 8.6.2020;

b) della connessa lettera d’invito e dei relativi allegati;

c) di ogni altro atto e comportamento preordinato, consequenziale e connesso, e in specie: i) della connessa determina a contrarre, di numero, data e contenuto non noto; ii) dei connessi atti istruttori; iii) degli eventuali chiarimenti;

sul primo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 21.7.2020, per l’annullamento

- oltre che degli atti, provvedimenti e comportamenti già impugnati con il ricorso introduttivo;

- della nota interna protocollo n. 4998/2020 del 26.2.2020 dell’Azienda sanitaria locale della Provincia di Bari, prodotta in giudizio dalla medesima Azienda in data 2.7.2020, nonché di ogni altro atto e/o comportamento preordinato, consequenziale e connesso;

sul secondo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 23.7.2020, per l’annullamento

- oltre che degli atti, provvedimenti e comportamenti già impugnati con il ricorso introduttivo, nonché con il primo atto di motivi aggiunti;

- della determinazione dirigenziale dell’Azienda sanitaria locale della Provincia di Bari n. 7927 del 6.7.2020, non comunicata ad Amplifon s.p.a. e reperita sul sito internet dell’Azienda, recante aggiudicazione della procedura sotto soglia protocollo n. 87303/2020 indetta dall’Azienda a Sentook di -OMISSIS-, nonché di ogni altro atto e/o comportamento preordinato, consequenziale e connesso, e in specie del verbale di conformità dei dispositivi offerti ivi richiamato;

e per l’accertamento e la dichiarazione d’inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’Azienda sanitaria locale Bari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 24 novembre 2020 il dott. Francesco Cocomile;

L’udienza si tiene mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall’art. 4, comma 1, del decreto-legge n. 28/2020, mediante la piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa di cui all’Allegato 3 al decreto del residente del Consiglio di Stato n. 134 del 22 maggio 2020.

Su istanza della parte ricorrente, la causa è chiamata per la discussione orale da remoto ai sensi dell'art. 4 del decreto-legge n. 28/2020 e dell'art. 25 del decreto-legge n. 137/2020.

Sono collegati: l'avv. Giuseppe Franco Ferrari, per la ricorrente e l'avv. Libera Valla, per l'Azienda sanitaria;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - Con l'impugnata lettera d'invito protocollo n. 87303/2020 del giorno 8.6.2020 l'Azienda sanitaria locale della provincia di Bari indiceva un'indagine di mercato - procedura negoziata, gestita in forma telematica tramite la piattaforma EmPulia, avente 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 (prevista dall'art. 36 c. 2 lett. a)") da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso.

Veniva previsto che l'aggiudicazione fosse subordinata alla "fase di verifica di conformità dei prodotti offerti rispetto ai requisiti minimi fissati dal DPCM 12/1/2017 effettuata da parte del competente ufficio di protesica aziendale del Distretto Socio Sanitario di Bari"; era, altresì precisato che "I dispositivi dovranno essere consegnati al domicilio dell'assistito indicato nell'ordinativo che la stazione appaltante eseguirà a favore della ditta aggiudicataria".

Con l'atto introduttivo del presente giudizio la ricorrente Amplifon s.p.a. (impresa operante nel settore dei dispositivi audioprotesici) censurava gli atti in epigrafe indicati, deducendo censure così riassumibili:

- 1) violazione e falsa applicazione: degli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione; 1 e 3 della legge n. 241/1990; del decreto legislativo n. 50/2016, con specifico riferimento agli artt. 4, 30, 32, 35 e 36; delle linee guida n. 4 dell'ANAC recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e gestione degli elenchi di operatori economici"; violazione e falsa applicazione del principio dell'evidenza pubblica nonché dei principi di efficienza, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa e del principio di proporzionalità; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, illogicità, irragionevolezza, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, contraddittorietà;
- 2) violazione e falsa applicazione: degli artt. 3, 32, 41, 42, 97, 117, comma 2, della Costituzione; 1 e 3 della legge n. 241/1990; 2222 e ss., 1325 e 1346 del codice civile; della legge n. 287/1990;

del decreto legislativo n. 50/2016, con specifico riferimento agli artt. 4, 30, 32, 35, 36, 68, 94, 95 e 142; delle linee guida n. 4 dell'ANAC recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e gestione degli elenchi di operatori economici"; delle linee guida n. 2 dell'ANAC recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa"; del d.P.C.M. 12.1.2017; del decreto legislativo n. 502/1992, con specifico riferimento agli artt. 1, 8, 8-*bis* e 14; della legge n. 18/2009 e della convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità; della legge n. 328/2000, con specifico riferimento all'art. 14; del d.m. n. 668/1994, con specifico riferimento agli artt. 1 e 2; della legge n. 251/2000, con specifico riferimento all'art. 3; della legge n. 43/2006, con specifico riferimento all'art. 1; del decreto del Ministero della sanità 29.3.2001, con specifico riferimento all'art. 4; della legge n. 42/1999; della legge n. 24/2017; della legge n. 3/2018, con specifico riferimento all'art. 4; del decreto del Ministero della sanità 13.3.2018; violazione e falsa applicazione dei principi di trasparenza, linearità, correttezza ed economicità, del principio della segretezza delle offerte economiche, del principio di imparzialità della P.A., della par condicio dei partecipanti, dei principi di ragionevolezza e proporzionalità; violazione e falsa applicazione del principio di libera scelta da parte dell'assistito; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, illogicità, irragionevolezza, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, contraddittorietà, disparità di trattamento.

Con successivi motivi aggiunti la ricorrente impugnava la nota protocollo n. 4998/2020 del 26.2.2020 dell'Azienda sanitaria locale della Provincia di Bari prodotta in corso di giudizio, deducendo un'unica censura così riassumibile:

- violazione e falsa applicazione: degli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione; 1 e 3 della legge n. 241/1990; del decreto legislativo n. 502/1992, con specifico riferimento agli artt. 3, 3-*quater*, 3-*sexies*; del decreto legislativo n. 50/2016, con specifico riferimento agli artt. 4, 30, 32, 35, 36 e 51; delle linee guida n. 4 dell'ANAC recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e gestione degli elenchi di operatori economici"; violazione e falsa applicazione del principio dell'evidenza pubblica, nonché dei principi di efficienza, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa e del principio di proporzionalità; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, illogicità, irragionevolezza, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, contraddittorietà.

Infine, con il secondo atto di motivi aggiunti la Amplifon impugnava la determinazione dirigenziale dell'Azienda sanitaria locale della Provincia di Bari n. 7927 del 6.7.2020, recante

aggiudicazione della procedura sotto soglia protocollo n. 87303/2020 alla Sentook di - OMISSIS-.

Chiedeva, altresì, l'accertamento e la dichiarazione d'inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto, deducendo mere censure di illegittimità derivata.

2. - Si costituiva l'Azienda sanitaria locale Bari, resistendo al gravame.

3. - All'udienza del 24 novembre 2020 la causa passava in decisione ai sensi dell'art. 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137.

4. - Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso, integrato da motivi aggiunti, debba essere respinto, in quanto infondato.

4.1. - Con il primo motivo la ditta istante Amplifon s.p.a. ha sostenuto che l'ASL Bari, nell'avviare la procedura sotto soglia oggetto di causa, da una parte (punto 1) avrebbe omesso di motivare la scelta con la necessaria delibera a contrarre di cui all'art. 32 del decreto legislativo n. 50/2016, dall'altra (punto 2) avrebbe violato il divieto di frazionamento dell'oggetto delle procedure di evidenza pubblica posto per evitare che gli affidamenti siano sottoposti alle più restrittive regole vigenti per le gare sopra soglia.

Tuttavia, con riferimento alla presunta mancanza della determina a contrarre, il comma 2 dell'art. 32 del decreto legislativo n. 50/2016 stabilisce che "Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti".

Come specificato anche dalla stessa ricorrente, a sua volta l'ANAC, nelle linee guida n. 4, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori" a tal proposito specifica che "Le procedure semplificate di cui all'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici prendono avvio con la determina a contrarre o con atto ad essa equivalente, contenente, tra l'altro, l'indicazione della procedura che si vuole seguire con una sintetica indicazione delle ragioni. Il contenuto del

predetto atto può essere semplificato, per i contratti di importo inferiore a 40.000,00 euro, nell'affidamento diretto o nell'amministrazione diretta di lavori”.

La corretta interpretazione sistematica delle predette norme porta a ritenere che, per le procedure semplificate di cui all'art. 36 del decreto legislativo n. 50/2016, è necessaria e sufficiente “la sintetica indicazione delle ragioni”.

È quindi sufficiente che la lettera d'invito indichi tutti gli elementi elencati nel citato art. 32, come avvenuto nella fattispecie in esame: nel caso concreto, trattandosi di affidamenti di importo inferiore a € 40.000,00 di cui all'art. 36, comma 2, lett. a) del decreto legislativo n. 50/2016, la lettera d'invito indica, infatti, in maniera specifica “l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali”.

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 di cui agli elenchi 2A e 2B, allegato 5 del D.P.C.M. 12/01/2017, tenendo conto delle esigenze di singoli assistiti e nelle more della conclusione delle gare “ponte” aziendali per la cui attivazione si prevedono tempi lunghi.

A tal proposito il Consiglio di Stato, in una controversia analoga alla presente, in una recente pronuncia (Cons. Stato, sez. III, sent. n. 3566 del 5.6.2020) ha affermato che

“Evidente dunque l'intento dell'Azienda sanitaria che, a fronte di una domanda - attuale o stimata - di protesi superiore alle scorte e per assicurare la prestazione sanitaria agli utenti, ha ritenuto opportuno approvvigionarsi con una propria procedura prevedendo tempi non brevi per la conclusione della gara centralizzata... (*omissis*) ... Tale essendo le ragioni sottese alla procedura impugnata, il Collegio ritiene che l'Azienda sanitaria di Matera abbia agito avendo ben presenti gli obblighi che ad essa fanno capo, *id est*, in via primaria, assicurare agli utenti del servizio sanitario le prestazioni di cui necessitano. Sarebbe certamente stata passibile di censura

ove avesse opposto al cittadino avente diritto ad una protesi acustica che le scorte erano finite e che occorreva attendere la conclusione di una gara, peraltro di incerta durata”.

Nel caso in esame le ragioni della scelta del contestato *modus procedendi* della P.A. (indagine di mercato finalizzata alla fornitura di protesi acustiche) risultano - come detto - essere ben evidenziate nella nota prot. n. 4998 del 26 febbraio 2020 della Direzione strategica dell'ASL Bari (*i.e.* esigenza di dare tempestiva risposta ai bisogni espressi dai pazienti non più procrastinabili);

Viene quindi in rilievo un affidamento sotto soglia per il quale è ben possibile ai sensi dell'art. 32, comma 2, secondo inciso, del decreto legislativo n. 50/2016 fornire indicazioni semplificate (nella fattispecie contenute nella citata nota prot. n. 4998/2020).

Con l'atto di motivi aggiunti l'Amplifon sostiene che la menzionata nota prot. n. 4998/2020 sarebbe una nota “interna, non riferita alla specifica procedura oggetto di giudizio”.

Tale affermazione non può essere condivisa.

L'art. 32, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016 stabilisce, infatti, che nelle gare sotto soglia, come quella in esame, la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, ad oggetto semplificato.

La disposizione in commento non indica alcuna formalità della determina a contrarre, anzi, il riferimento all'atto “equivalente ad oggetto semplificato” rende evidente, contrariamente a quanto preteso dalla ricorrente, l'irrilevanza delle forme e della specificità dei contenuti.

I motivi aggiunti sono, pertanto, sotto tale profilo, infondati.

La citata nota prot. n. 4998 del 26.2.2020 consente di trarre spunti anche con riferimento alla dedotta violazione del divieto di frazionamento.

Dalla nota si ricava, infatti, che la determinazione dell'importo posto a base gara deriva dal numero delle richieste dei pazienti.

In pratica, 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.

La previsione di distinte procedure di affidamento nel Distretto di Bari deriva dalla non univocità dell'oggetto dell'appalto finalizzato all'approvvigionamento di apparecchi con caratteristiche tecniche diverse: la legittimità di tale modalità di determinazione dell'oggetto delle gare è confortata dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 3566 del 5.6.2020 in precedenza richiamata.

Come rilevato nell'ordinanza cautelare n. 405/2020, sempre con riferimento alla nota della Direzione strategica prot. n. 4998 del 26.2.2020, "detta nota consente anche di escludere la violazione del divieto di frazionamento, in quanto la determinazione dell'importo posto a base di gara deriva dal numero delle richieste dei pazienti e dall'urgenza di provvedere".

La condotta della Azienda è pertanto legittima e conforme ai principi indicati negli artt. 30, 32, 35 e 36 del decreto legislativo n. 50/2016.

Invero, il criterio "generale" individuato dalla nota impugnata è stato adottato, nelle more dello svolgimento della gara regionale o aziendale, per far fronte, in via urgente, alle esigenze individuate di volta in volta in base alle richieste dei pazienti.

Anche sotto tale profilo il ricorso per motivi aggiunti è infondato.

4.2. - Con il secondo motivo di ricorso Amplifon s.p.a. sostiene che la procedura in esame non garantirebbe l'acquisizione di prestazioni di qualità: a tal proposito richiama quanto affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 759/2019 (avente ad oggetto la contestazione, oltre del DPCM 12.1.2017 [relativo all'aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza e contenente la previsione per l'assistenza protesica del passaggio da un sistema tariffario a un sistema di messa a gara a evidenza pubblica dell'erogazione dei dispositivi], anche della procedura aperta di gara per "l'affidamento della fornitura in somministrazione, agli utenti aventi diritto, di ausili per le prestazioni di assistenza integrativa e protesica di cui al d.P.C.M. 12 gennaio 2017, occorrenti per le Aziende Sanitarie della Regione Basilicata"), che, pur rigettando il ricorso proposto dalla medesima Amplifon s.p.a. nella parte in cui censurava la legittimità del DPCM 12.1.2017, lo ha accolto in quella relativa alla *lex specialis* di gara.

Al punto 2.1 dell'atto introduttivo del giudizio, la ricorrente rileva che, con la procedura in esame, l'Azienda, non valorizzando in via autonoma la figura dell'audioprotesista come avrebbe richiesto la natura non standardizzata dei prodotti in questione, avrebbe frustrato l'esigenza di una effettiva e adeguata personalizzazione.

Al successivo punto 2.2 la ditta interessata evidenzia che illegittimamente la stazione appaltante avrebbe adottato il criterio del prezzo più basso invece di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Censura, infine, al punto 2.2.2, la statuizione della verifica d' idoneità tecnica prevista dalla *lex specialis* successivamente all'apertura delle offerte economiche.

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.

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 particolare il Consiglio di Stato, nella citata sentenza, ha riconosciuto nella *lex specialis* di quella procedura una serie di lacune o incongruenze riconducibili a due aspetti: a) l'effettiva messa a disposizione di una adeguata gamma di ausili protesici per l'udito e b) la garanzia che sarebbero state effettuate le prestazioni necessarie per garantirne l'adattamento e la personalizzazione sulla base delle esigenze del singolo assistito, aspetto di cui si deve tener conto ai fini dell'attribuzione del punteggio alle offerte.

In ordine al primo aspetto (a), si può precisare che, nel caso di specie, il fabbisogno viene calcolato in base non a una programmazione, bensì alle richieste provenienti dagli utenti e ai loro specifici bisogni; ciò significa che non solo “il numero” ma anche i “tipi” (la gamma) delle protesi sono pertanto determinati a monte, in virtù delle specifiche esigenze che hanno determinato l'urgenza e la necessità di provvedere.

In ordine al secondo profilo (b), la garanzia della personalizzazione deriva dal rispetto di quanto previsto dall'art. 17, comma 4, del D.P.C.M. 12.1.2017.

A tal proposito, il Consiglio di Stato (sez. III, n. 3566 del 5.6.2020) ha infatti chiarito che “Non doveva poi essere il capitolato a chiarire la modalità di svolgimento di tale attività, che è disciplinata dalla normativa di riferimento e non certo dalla *lex specialis* di gara, essendo

unicamente rilevante, al fine di escludere un ruolo marginale del tecnico audioprotesista che deve provvedere a tale adattamento, la previsione della necessità di adeguare l'apparecchio all'esigenza del suo destinatario.

Corollario obbligato di quanto sopra chiarito è che eventuali deficienze nell'adattamento della protesi alle necessità dell'utente si rifletteranno sulla corretta esecuzione dell'appalto perché attengono alla fase dell'adempimento contrattuale".

4.2.1. - Con il motivo di gravame *sub* punto 2.1 la ricorrente insiste nell'affermare che gli apparecchi acustici non sarebbero prodotti *standard* e che pertanto avrebbero bisogno di una specifica personalizzazione attraverso l'apporto professionale di un audioprotesista.

Tale motivo si pone in contrasto con quanto previsto dall'art. 3 dell'allegato 12 del DPCM 12.1.2017 che qualifica espressamente le protesi di cui all'elenco 2A come "dispositivi di serie".

Il DPCM 12.1.2017 (allegato 5), infatti, delinea precisamente l'*iter* procedurale attraverso il quale gli ausili per udito possano essere erogati, specificando i compiti del medico prescrittore e del tecnico audioprotesista:

- il dirigente medico visita l'assistito ed effettua l'esame audiometrico al fine d'individuare l'apparecchio più confacente alla situazione clinica del paziente e prescrive tale ausilio individuato con un codice specifico presente nell'elenco 2° dell'allegato 5 (che riporta nel dettaglio le caratteristiche del dispositivo);
- successivamente il tecnico audioprotesista "applica ed adatta gli ausili alle esigenze soggettive dell'assistito";
- infine "sarà cura dello specialista la verifica della corrispondenza alla prescrizione degli ausili forniti" (c.d. collaudo).

Il DPCM 12.1.2017 (all'allegato 5) ha inteso poi dettagliare i compiti del tecnico audioprotesista della ditta aggiudicataria, definendo le sue "prestazioni": "l'audioprotesista applica i dispositivi aggiudicati in base al consueto protocollo professionale strutturato in cinque fasi: prove preliminari..., rilevamento impronta del c.u.e. .., adattamento, addestramento e assistenza iniziale (o dopo una sostituzione) *follow up*".

Tutte le prestazioni dell'audioprotesista sono pertanto ricomprese nell'ordinaria attività svolta per la fornitura di ausili per l'udito che, ai sensi dell'art. 17, comma 3, lettera b), del citato DPCM, sono "ausili tecnologici di fabbricazione continua o di serie, indicati nell'elenco 2A, che, a garanzia della corretta utilizzazione da parte dell'assistito in condizioni di sicurezza, devono essere applicati dal professionista sanitario abilitato".

Le c.d. prestazioni dell'audioprotesista individuate dal DPCM sono parte integrante della tipologia dell'ausilio fornito; peraltro, se la ditta istante non avesse tale figura professionale presso le proprie sedi, non potrebbe neanche essere iscritta all'albo dei fornitori per la categoria merceologica di specie.

Pertanto, il servizio dell'audioprotesista (configurato come servizio professionale di soggetto iscritto all'albo) è ricompreso nell'affidamento in quanto previsto dallo stesso DPCM *in toto* richiamato dalla *lex specialis* di gara.

Del resto l'adattamento della protesi acustica alle caratteristiche dell'assistito da parte di tecnici abilitati avviene ed è sempre avvenuta a cura del soggetto aggiudicatario ed era inclusa nel prezzo a base d'asta anche nel previgente sistema a tariffa delineato dal D.M. n. 332/1999.

4.2.2. - Con il motivo *sub* 2.2.1 la ricorrente contesta l'utilizzazione, nel caso di specie, del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, sostenendo che, in base all'art. 95 del decreto legislativo n. 50/2016, tale criterio sarebbe residuale rispetto a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tuttavia, deve essere apprezzata la specificità della fattispecie in esame riguardante un appalto sotto soglia.

Con l'entrata in vigore delle modifiche al codice dei contratti introdotte dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, per gli importi al di sotto della soglia comunitaria, infatti, il criterio di aggiudicazione potrà essere scelto dalla stazione appaltante in maniera discrezionale: all'art. 36 del decreto legislativo n. 50/2016 è stato, infatti, aggiunto il comma 9-*bis* secondo cui "Fatto salvo quanto previsto all'articolo 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

Attualmente, pertanto le stazioni appaltanti possono scegliere uno dei due criteri di aggiudicazione.

Non corretto, di conseguenza, è il richiamo operato dalla ricorrente alle linee guida ANAC n. 2 approvate con deliberazione del 2.5.2018, che, essendo precedenti alle modifiche intervenute, non possono che riferirsi agli appalti sopra soglia.

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).

Sul punto le citate linee guida ANAC indicano, infatti, che

“In sostanza, la norma citata consente alle stazioni appaltanti (e agli operatori economici) di evitare gli oneri, in termini di tempi e costi, di un confronto concorrenziale basato sul miglior rapporto qualità e prezzo, quando i benefici derivanti da tale confronto sono nulli o ridotti (in relazione all'importo del contratto). Ciò si verifica quando le condizioni di offerta sono tali da imporre, di fatto, l'acquisto di beni o servizi con condizioni note alla stazione appaltante già in fase di predisposizione del bando o quando, per gli affidamenti di importo limitato, i vantaggi attesi, in termini di qualità, sono ridotti, in quanto la stazione appaltante predispone il progetto esecutivo per i lavori (e non necessita di un rilancio competitivo su aspetti e caratteristiche che vengono compiutamente definiti *ex ante* nel progetto posto a base di gara) o la stessa ha una lunga esperienza nell'acquisto di servizi o forniture a causa della ripetitività degli stessi”.

Nel caso di specie non solo è lo stesso DPCM (art. 3 dell'allegato 12) a qualificare i dispositivi protesici oggetto del presente appalto come “dispositivi di serie” (quindi con caratteristiche standardizzate), ma si tratta anche di affidamenti per importi limitati che si denotano per la loro ripetitività.

Né si può ritenere infine che, nel caso di specie, l'Azienda sia incorsa nella violazione del citato art. 3 dell'allegato 12 del DPCM 12.1.2017.

È infatti evidente che le indicazioni ivi contenute, volte a premiare la componente qualitativa dell'offerta, devono essere seguite dalla stazione appaltante ogni volta in cui e solo quando, in base alla normativa di settore (*i.e.* decreto legislativo n. 50/2016), è prevista l'applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e non quando essa, in conformità alla normativa che regola la materia degli appalti, sceglie di adottare il criterio del prezzo più basso (come accaduto nella vicenda controversa).

4.2.3. - Con l'ultimo motivo di doglianza (punto 2.2.2) la ricorrente contesta la *lex specialis* nella parte in cui prevede che, dopo l'apertura delle offerte economiche, sia disposta la verifica d'idoneità tecnica dei prodotti.

Secondo la prospettazione della ditta istante, tale verifica sarebbe erronea e illogica poiché permetterebbe una scelta tecnica decisiva dopo che sono già noti i prezzi dei prodotti di gara.

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.

A tal proposito, è opportuno nuovamente rammentare che la Stazione appaltante, che pure avrebbe potuto affidare direttamente la fornitura delle protesi (trattandosi di appalto di importo inferiore a € 40.000,00), per garantire il principio di concorrenza e di trasparenza oltre che economicità, ha evidentemente deciso di autovincolarsi.

In tale ottica, la verifica d' idoneità tecnica a seguito della procedura semplificata, resa necessaria dalle indicate circostanze di celerità e urgenza, risponde all'insopprimibile esigenza di valutazione del prodotto da parte di un organo tecnico competente.

Né è corretto il richiamo alla sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, n. 502/2019.

A differenza della fattispecie oggetto di tale sentenza, infatti, la verifica d' idoneità nel caso di specie non è eseguita in base a elementi tecnici discrezionalmente stabiliti, ma viene compiuta in base alle caratteristiche del prodotto indicate nell'apposito elenco previsto dallo stesso DPCM 12.1.2017.

Con riferimento ai diversi profili dedotti nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti, si richiama quanto rilevato nell'ordinanza cautelare n. 405/2020:

“Considerato che, trattandosi di appalto sotto soglia, appare non appropriato il richiamo, operato dalla società ricorrente, ai principi sanciti dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 759/2019 riguardante all'opposto un appalto sopra soglia;

Rilevato che, in ogni caso, nella fattispecie in esame, i dispositivi sono oggetto di personalizzazione anche in base alla legge di gara per cui è causa, in quanto il servizio dell'audioprotesista è ricompreso nell'affidamento, essendo contemplato dal D.P.C.M. del 12 gennaio 2017;

Ritenuto, inoltre, che, specie dopo le modifiche apportate al codice dei contratti pubblici dal decreto-legge n. 32/2019, le stazioni appaltanti possano scegliere discrezionalmente il criterio di aggiudicazione con riferimento ai contratti sotto soglia; che nel caso di specie è stato selezionato il criterio del prezzo più basso a fronte di “dispositivi di serie” con caratteristiche standardizzate, i quali tuttavia sono suscettibili di personalizzazione;

Ritenuto, infine, che non appare esservi alcun'illegitimità nella circostanza che dopo l'apertura delle offerte economiche sia stata disposta la verifica dell' idoneità tecnica dei prodotti al fine di garantire la qualità degli stessi prodotti”.

Inoltre, secondo Amplifon non sarebbe possibile che l'indizione di una gara sotto soglia “possa di per sé solo portare a disapplicare le regole dettate dal DPCM 12.1.2017 per l'acquisizione al SSN dei dispositivi audioprotesici di che trattasi, nonché i principi evincibili dalla citata sentenza 759/2019” (cfr. pag. 8 della memoria di Amplifon del 4.11.2020). In particolare, il

DPCM 12.1.2017, essendo stato adottato in attuazione di fonte normativa primaria (art. 1, comma 7, del decreto legislativo n. 502/1992 e art. 1, comma 554 della legge n. 208/2015), ben potrebbe derogare le previsioni del decreto legislativo n. 50/2016.

Tale affermazione è, tuttavia, frutto di un'erronea ricostruzione del sistema delle fonti nel nostro ordinamento.

È infatti evidente che il DPCM 12.1.2017, essendo fonte normativa di secondo grado, non ha la forza di “derogare” fonti normative di primo grado come il decreto legislativo n. 50/2016.

A fronte del pacifico principio di gerarchia delle fonti, nel caso di specie, la natura di regolamento attuativo non può certamente attribuire al DPCM 12.1.2017 la forza di “derogare” alle previsioni del decreto legislativo n. 50/2016, come viceversa sostenuto dalla società Amplifon.

Peraltro, le disposizioni normative di primo grado a cui il DPCM 12.1.2017 dà attuazione (il decreto legislativo n. 502/1992 e la legge n. 208/2015) sono comunque “precedenti” al decreto legislativo n. 50/2016: non potrebbero pertanto “derogare” alle previsioni del decreto legislativo n. 50/2016 sopravvenuto.

Va, altresì, precisato che non è “l'indizione della gara sotto soglia” a determinare di per sé la “disapplicazione del DPCM 12.1.2017”, bensì semmai il ricorso alle stesse disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 50/2016.

Infatti, al più sarebbe l'applicazione del decreto legislativo n. 50/2016, avente forza di legge, a giustificare la “disapplicazione” delle fonti normative regolamentari che si pongano con esso in contrasto.

In realtà l'interpretazione sistematica del DPCM 12.1.2017 porta a escludere contrasti e relative “disapplicazioni”.

L'invocato art. 3 dell'allegato 12 del DPCM 12.1.2017, infatti, prevede espressamente che “Nelle more dell'istituzione del Repertorio dei dispositivi di serie di cui all'articolo 1, comma 292, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, per l'erogazione dei dispositivi di serie inclusi negli elenchi 2A e 2B 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 (*omissis*) ... Nella valutazione delle offerte le regioni e le aziende sanitarie locali adottano criteri di ponderazione che garantiscano la qualità delle forniture, la durata del periodo di garanzia oltre quello fissato dalla normativa di settore, la capillarità della

distribuzione e la disponibilità di una gamma di modelli idonei a soddisfare le specifiche esigenze degli assistiti”.

Va quindi rimarcato che “la normativa vigente per le procedure pubbliche di acquisto” è proprio quella contenuta del decreto legislativo n. 50/2016.

A sua volta, si è già rimarcato come il decreto legislativo n. 50/2016 stabilisca, agli artt. 36 e 95, comma 4, con riferimento agli appalti sotto soglia fino a € 40.000 aventi a oggetto forniture con caratteristiche standardizzate, la possibilità per la stazione appaltante, di adottare il criterio del prezzo più basso.

Ciò significa - si ribadisce - che le previsioni contenute nell’art. 3 dell’allegato 12 del DPCM 12.1.2017 relativamente “ai criteri di ponderazione” per la valutazione delle offerte, troveranno applicazione unicamente nell’ipotesi in cui la stazione appaltante fosse tenuta, in base alla normativa del codice degli appalti o per scelta discrezionale, a osservare il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Anche sotto tale profilo, pertanto, il ricorso non è meritevole di positivo apprezzamento.

5. - In conclusione, dalle argomentazioni espresse in precedenza discende la reiezione del ricorso introduttivo, integrato da motivi aggiunti. Anche il secondo atto recante censure aggiunte, proposto avverso l’aggiudicazione definitiva a favore della ditta Sentook di - OMISSIS-, segue la stessa sorte, avendo ad oggetto censure di mera illegittimità derivata.

6. - In considerazione della peculiarità della presente controversia sussistono giuste ragioni di equità per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, integrato da motivi aggiunti, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Si dà atto che i Magistrati componenti il collegio e il Segretario d’udienza sono a conoscenza del “Documento informativo ai sensi dell’art. 13 del regolamento (UE) n. 2016/679 relativamente al trattamento dei dati per il collegamento da remoto tramite l’app Microsoft Teams su pc, tablet e dispositivo mobili”, anche nel suo contenuto.

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall’art. 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, con l’intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore

Donatella Testini, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Cocomile

IL PRESIDENTE
Giuseppina Adamo

IL SEGRETARIO