



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni, sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 309 del 2010, proposto da:

AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE N. 3 DELL'UMBRIA, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Campagnola e Massimo Marcucci, con domicilio eletto presso l'avv. Antonio Campagnola in Roma, via Lutezia, n. 8;

***contro***

PROTESI ORTOPEDICHE ROMANE di Laineri Milazzo Marco & C. S.n.c., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

***nei confronti di***

FIOTO - Federazione Italiana Fra Operatori Nella Tecnica Ortopedica, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. UMBRIA – PERUGIA, Sez. I, n. 444 del 23 luglio 2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO FORNITURA DI AUSILI TECNICI PER PERSONE DISABILI.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2010 il Cons. Carlo Saltelli e udito per l'appellante l'avvocato Marcucci;

Avvisata la stessa parte ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000;

Visto il dispositivo n. 69 dell'11 febbraio 2010;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

1. L'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 3 dell'Umbria, con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale UE del 19 febbraio 2008, ha indetto una gara da aggiudicarsi al prezzo più basso per l'acquisto e la fornitura in service di ausili tecnici per persone disabili di cui agli elenchi 1, 2 e 3 del D.M. n. 332/99 per le ASL della Regione Umbria n. 3 e n.4.

L'appalto è stato suddiviso in 4 lotti: 1) ausili tecnici di serie per disabili previsti dall'elenco 2 e 3 del D.M. n. 332/99; 2) ausili per disabili previsti nell'elenco 1 del D.M. n. 332/99 (lotto sperimentale); 3) ausili per disabili previsti nell'elenco 1 del D.M. n. 332/99 (lotto sperimentale); 4) ausili per la terapia respiratoria previsti nell'elenco 3 del D.M. n. 332/99; 5) ausili per la terapia respiratoria di cui all'elenco 3 del D.M. n. 332/99 con fornitura in service.

2. F.I.O.T.O. – Federazione Italiana fra Operatori nella Tecnica Ortopedica – e la società Protesi Ortopediche Romane di Laineri Milazzo Marco & c. s.n.c. con ricorso notificato il 12 novembre 2008 hanno chiesto al Tribunale amministrativo

regionale dell'Umbria l'annullamento del predetto bando e del capitolato speciale, relativamente ai lotti n. 2 e n. 3, lamentando "Violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 1, 3, 8 e 9 del D.M. 27 agosto 1999 n. 332 – Eccesso di potere sotto i profili del difetto dei presupposti e dello sviamento": ciò in quanto nei lotti n. 2 e n. 3 erano stati compresi ausili per disabili inclusi nell'elenco n. 1 del D.M. n. 332/99 per i quali la normativa non consentiva la preventiva individuazione di un solo soggetto erogatore per la relativa fornitura, rimettendone invece la scelta esclusivamente all'interessato.

3. L'adito Tribunale, con la sentenza n. 444 del 23 luglio 2009, nella resistenza dell'intimata A.U.S.L. n. 3 dell'Umbria, dichiarato inammissibile il ricorso proposto da FIOTO, lo ha accolto quanto a quello proposto dalla società Protesi Ortopediche Romane di Laineri Milazzo Marco & C. s.n.c., riconoscendo fondato il motivo di censura sollevato.

4. L'A.U.S.L. n. 3 dell'Umbria, con atto di appello notificato il 31 dicembre 2009, ha chiesto la riforma della predetta sentenza alla stregua di tre motivi di gravame, rubricati rispettivamente "Sul mancato accoglimento dell'eccezione di carenza di interesse e/o di legittimazione di Protesi Ortopediche Romane alla proposizione del ricorso", "Contraddittorietà, intrinseca illegittimità della sentenza, difetto di motivazione", "sulla valutazione della rilevanza in termini di opera all'assoggettamento a procedura di evidenza pubblica", con cui ha sostenuto, in sintesi, che i primi giudici avevano innanzitutto omesso di dichiarare inammissibile il ricorso di primo grado e che non poteva dubitarsi della legittimità del proprio operato, non sussistendo alcuna disposizione di rango legislativo che vietasse lo svolgimento della gara pubblica per la fornitura delle protesi in questione.

Nessuna delle parti intime, pur ritualmente evocate, si è costituita in giudizio.

5. All'udienza del 9 febbraio 2010, fissata per la delibazione dell'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, informata la parte presente

dell'intenzione della Sezione di decidere la causa direttamente nel merito, la stessa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

6. L'appello è infondato.

6.1. E' innanzitutto infondato il primo motivo di gravame col quale l'A.U.S.L. n. 3 dell'Umbria ha dedotto l'erroneità della sentenza impugnata per la mancata declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado, difettando – a suo avviso – qualsiasi interesse a ricorrere in capo alla società Protesi Ortopediche Romane di Lainesi Milazzo Marco & C. s.n.c., che ha invero lamentato una lesione del rapporto fiduciario fornitore – cliente a causa della procedura di gara e che d'altra parte non ha neppure presentato domanda di partecipazione alla gara in questione. E' noto che l'interesse ad agire in giudizio è dato dal rapporto tra la situazione anti-giuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto, rapporto che deve consistere nell'utilità del provvedimento come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto (C.d.S., Sez. VI, 3 settembre 2009, n. 5191; 3 dicembre 2008, n. 5937); è stato più volte affermato che l'interesse a ricorrere è ravvisabile anche in presenza di un'utilità meramente strumentale consistente nella messa in discussione del rapporto controverso a causa dell'annullamento dell'atto impugnato (ex pluribus C.d.S., Sez. IV, 10 aprile 2008, n. 1499; IV, 22 marzo 2007, n. 1389; IV, 16 ottobre 2006, n. 6181).

Nel caso in esame, in cui non è stato contestato che la ricorrente società Protesi Ortopediche Romane di Laineri Milazzo Marco & C. s.n.c. fornisca effettivamente ausili ortopedici inseriti nell'elenco n. 1 del nomenclatore allegato al D.M. n. 332 del 1999, non può dubitarsi del suo interesse a contestare il bando di gara, limitatamente ai lotti 2 e 3 nei quali sono inseriti alcuni ausili ortopedici che, in quanto inseriti proprio nell'elenco 1 del predetto D.M. n. 32 del 1999, sono

destinati esclusivamente al paziente cui sono prescritti e che non rientrando tra quelli per i quali è previsto l'acquisto direttamente dalle aziende unità sanitarie locali, non possono essere oggetto di una procedura ad evidenza pubblica.

Diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, la predetta società non ha fatto valere il mero interesse del paziente alla libera scelta del fornitore dell'ausilio di cui ha bisogno, quanto piuttosto il suo interesse a poter continuamente fornire i predetti ausili a chiunque ne faccia richiesta e quindi l'interesse alla prosecuzione della sua attività imprenditoriale, inopinatamente limitata dalle scelte dell'amministrazione.

E' al riguardo del tutto irrilevante che la ricorrente non abbia neppure prodotto istanza di partecipazione alla gara in questione, istanza inutile in relazione all'interesse che sorregge l'impugnativa e la cui presentazione avrebbe potuto essere considerata come manifestazione di acquiescenza alle scelte operate dall'amministrazione.

6.2. Sono altresì infondati anche gli altri due motivi di gravame che, per la loro intima connessione, possono essere trattati congiuntamente.

6.2.1 Come correttamente osservato dai fini giuridici, il D.M. 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) al comma 1 dell'articolo 1 indica "le prestazioni di assistenza protesica che comportano l'erogazione dei dispositivi riportati negli elenchi 1, 2 e 3 del nomenclatore di cui all'art. 1" (indicando le peculiari modalità di applicazione) e dispone testualmente che essi "sono destinati esclusivamente al paziente cui sono prescritti"; il comma 4 precisa che "l'elenco n. 3 del nomenclatore contiene gli apparecchi acquistati direttamente dalle aziende unità sanitarie locali (USL) ed assegnati in uso con le procedure indicate nell'articolo 4".

Occorre ancora osservare che l'art. 3 del predetto D.M. 27 agosto 1999 n. 332, dopo aver stabilito al comma 1 che, per l'erogazione dei dispositivi definiti "su misura" (ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. d) del D. Lgs. 24 febbraio 1997, n. 46, inclusi nell'elenco 1), le regioni e le aziende USL si rivolgono direttamente ai soggetti iscritti presso il Ministero della Sanità (ex art. 11, co. 7 del citato d. lgs. N. 46 del 1997) e al comma 2 che per l'erogazione dei restanti dispositivi inclusi nell'elenco 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, al comma 4 dispone che per l'erogazione dei dispositivi inclusi negli elenchi 2 e 3 del nomenclatore di cui all'allegato 1, le regioni e le aziende USL stipulano contratti con i fornitori aggiudicatari delle procedure pubbliche di acquisto di cui all'articolo 8, comma 2.

6.2.2 Ad avviso della Sezione, sulla base del delineato substrato normativo, non può ragionevolmente dubitarsi che l'amministrazione appellante non poteva inserire nei lotti oggetto della gara i dispositivi indicati nell'elenco 1 del più volte citato D.M. n. 332 del 1999 (a nulla rilevando che quelli effettivamente inseriti costituiscono solo dispositivi "di fabbricazione continua o di serie finiti").

Il ricordato regolamento, infatti, non solo stabilisce puntualmente quali sono i dispositivi che le regioni e le aziende USL possono direttamente acquistare, attraverso gara pubblica (elenchi 2 e 3) e quali invece sono destinati esclusivamente al paziente cui sono prescritti (elenco 1), per quanto non contiene alcuna disposizione da cui pure possa ricavarci, ancorché implicitamente, il potere dell'amministrazione di derogare a tale disciplina.

Del resto la scelta contenuta nel regolamento (che non risulta irragionevole o manifestamente illogica) non è stata neppure oggetto di specifica contestazione.

Non solo quindi non si rinviene nella impugnata sentenza alcuna contraddittorietà o illogicità, per quanto la tesi dell'amministrazione postula un'inammissibile

disapplicazione della norma regolamentare, di cui non può predicarsi il valore non vincolante (come timidamente progettato dall'appellante).

La correttezza di tale ricostruzione, trova conforto peraltro proprio nella diversa regolamentazione di cui al DPCM 23 aprile 2008 che, sebbene conforme a quanto sostenuto dall'appellante, ma non è però mai entrato in vigore.

La pur suggestiva tesi dell'amministrazione, che rivendica la legittimità del proprio operato per aver dato corso alla gara pubblica, cui non farebbe (illegittimamente) riferimento il ricordato D.M. n. 332 del 1999, è viziata microscopicamente da una falsa interpretazione della stessa fonte regolamentare che, come si è visto, per i dispositivi di cui all'elenco 1, non prevede affatto l'acquisto da parte della regione e della USL (il che giustifica il mancato richiamo all'obbligo della procedura di gara).

6.2.4 Alla stregua di tali osservazioni anche il motivo relativo al dedotto profilo del risparmio di risorse pubbliche, asseritamente realizzato con la gara pubblica e ingiustamente sottovalutato dai primi giudici secondo l'appellante, è inconferente e non è idoneo a scalfire le condivisibili conclusioni contenute nella sentenza impugnata.

E' invero appena il caso di segnalare che per tutti i dispositivi indicati nell'elenco 1 la tutela dell'aspetto finanziario è assicurato dalla fissazione da parte delle stesse regioni del livello massimo delle tariffe da corrispondere ai soggetti erogati, come disposto dall'articolo 8 comma 1 del D.M. n. 332 del 1999.

7. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Non vi è luogo alla pronuncia sulle spese stante la mancata costituzione in giudizio delle parti appellate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla Azienda Unità Sanitaria Locale n. 3

dell'Umbria avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria n. 444 del 23 luglio 2009 così provvede:

- respinge l'appello
- nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccarini, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2010

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

Il Dirigente della Sezione