

N. 07266/2013 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 7266 del 2013, proposto da:
Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord, rappresentata e difesa dall'avv. Michele Spagna, con domicilio eletto presso l'avv. Michele Spagna in Roma, via F. Cesi n. 72;

contro

Federazione Italiana tra Operatori nelle Tecniche Ortopediche – F.I.O.T.O. -, Diemmepi Ortopedia e Sanitari s.r.l., Podo-Ortesi Medical s.r.l., F.lli Ricci s.n.c. di Ricci Antonio & C., Ortopedia Petta s.r.l., Ortopedia Pisano s.a.s. di Pisano Donato, Ortopedia e Corsetteria Aldo Riccio e Figli s.a.s. di Fulvio Riccio, Messina Renato e Morelli Anna s.n.c., Ortopedia Coviello s.r.l. a cr, rappresentati e difesi dall'avv. Luigi Adinolfi, con domicilio eletto presso F.I.O.T.O. in Roma, via L'Aquila n. 62;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 02297/2013, resa tra le parti, concernente gara per l'affidamento servizio di manutenzione, consegna e ritiro a domicilio di protesi ed ausili non personalizzati.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2013 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Spagna e Adinolfi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto notificato i giorni 3, 7 ed 8 ottobre 2010 e depositato in quest'ultima data l'ASL NA 2 ha appellato la sentenza 3 maggio 2013 n. 2297 del TAR per la Campania, sede di Napoli, sezione prima, con la quale, in accoglimento del ricorso proposto da FIOTO (Federazione Italiana Operatori nella Tecnica Ortopedica), sezione Campania, ed otto operatori del settore, è stata annullata la sua delibera 11 settembre 2012 n. 73, di indizione di gara d'appalto per l'affidamento del servizio di ricondizionamento, inventariazione, manutenzione, informatizzazione, riparazione, igienizzazione, magazzinaggio, consegna e ritiro a domicilio di protesi ed ausili di cui all'elenco n. 1 (non personalizzati), n. 2 e n. 3 del d.m. 332/1999 per tre anni.

A sostegno dell'appello ha dedotto:

1.- Il TAR ha negato che sia data alle aa.ss.ll. la possibilità di incentivare, sopperendo alla scarsità delle risorse finanziarie e nel quadro del risparmio della spesa pubblica sanitaria, la formazione di un idoneo "mercato dell'usato" per tutti

quei dispositivi che vengano dismessi dagli utenti e sia conveniente riutilizzare per altri utenti, come il bando si propone e come consentito dal d.lgs. n. 46 del 1997, attuativo della direttiva 93/42/CEE.

2.- Il TAR non ha tenuto adeguato conto di detta, duplice finalità opponendo argomentazioni che si attagliano alla diversa fattispecie della fornitura, ma riconoscendo che un simile mercato possa aver luogo se la regione consenta che gli ausili siano ceduti in comodato agli utenti anziché in proprietà, nonché valorizzando il principio di libera scelta dell'assistito.

2.1.- L'elenco n. 1 si articola in dispositivi fabbricati appositamente e destinati ad essere utilizzati solo per un determinato paziente, che non costituiscono oggetto del bando, e dispositivi fabbricati in serie ma bisognosi di essere adattati "a misura", solo alcuni dei quali sono oggetto del bando. Il d.m. n. 332 del 1999 prevede che tali dispositivi siano remunerati a tariffa e per la loro erogazione regioni e asl si rivolgano a soggetti iscritti presso il Ministero della sanità o autorizzati all'immissione in commercio, i quali dispongano di tecnico abilitato.

2.2.- Nella specie, il TAR ha applicato la norma al "riutilizzo" dei dispositivi dismessi, ritenendo che anche in tal modo si contravverrebbe alla medesima in quanto verrebbe aggiudicato ad un unico soggetto il servizio di fornitura, ledendosi nel contempo il principio di libera scelta. Ma la norma non riguarda il "riutilizzo" e la tesi del TAR contrasta con l'espressa previsione di un meccanismo finalizzato a conseguire economie di gestione (sia pure con riguardo al caso in cui si cedano i dispositivi in comodato anziché in proprietà), laddove ritiene che il conferimento degli interventi di ricondizionamento, riparazione e igienizzazione con procedura ad evidenza pubblica rimarrebbe comunque precluso perché i presidi passerebbero in proprietà del fornitore unico.

2.3.- Sennonché nella specie si tratta di ausili dismessi dagli utenti e riconsegnati all'ASL che, accettandoli ed in quanto beni mobili, col possesso ne acquisisce la proprietà.

2.3.1.- Né una clausola impeditiva si ravvisa nella circostanza che la Regione Campania non abbia formalizzato la cedibilità in comodato. Diversamente opinando, cioè interpretando la disciplina del d.m. dettata per gli ausili “nuovi” anche per il riutilizzo, il d.m. (non importa se regolamento o atto a contenuto generale) sarebbe da ritenere illegittimo, quindi disapplicabile dal giudice, per violazione dell'art. 26 della legge n. 833 del 1978, prevedente che le ASL possano provvedere anche direttamente alle prestazioni volte al recupero funzionale e sociale di soggetti affetti da minorazioni; per violazione del complessivo sistema normativo di finanza pubblica, ispirato al risparmio specie nel settore sanitario; per violazione del generale sistema dei contratti pubblici, secondo cui l'affidamento di servizi deve avvenire con procedure ad evidenza pubblica.

2.4.- Il principio di libera scelta attiene alle prestazioni sanitarie e, specificamente, la scelta del medico, della struttura e del luogo di cura, mentre è estraneo al servizio di rigenerazione dei presidi dismessi.

In data 24 ottobre 2013 gli appellati si sono costituiti in giudizio, hanno svolto eccezioni e controdeduzioni e riproposto i propri motivi assorbiti dal TAR.

L'appello è stato introitato in decisione all'udienza pubblica del 12 dicembre 2013.

DIRITTO

1.- Com'è esposto nella narrativa che precede, si controverte della gara, indetta dall'ASL NA 2 Nord, per l'affidamento per la durata di 36 mesi del servizio di “ricondizionamento, inventariazione, manutenzione, informatizzazione, riparazione, igienizzazione, magazzinaggio, consegna e ritiro di protesi ed ausili non personalizzati di cui ed ai sensi dell'elenco n. 1 (non personalizzati), n. 2 e n. 3 del D.M. 27.08.1999 n. 332”.

In particolare, gli originari ricorrenti lamentavano in via prioritaria, col primo motivo, l'impossibilità di bandire una siffatta gara (non distinta in lotti, in cui le offerte vanno presentate con riferimento a tutti i dispositivi oggetto della gara stessa), sostenendosi che ai sensi del cit. d.m. l'erogazione dei dispositivi di cui all'elenco n. 1 (peraltro non includente dispositivi "non personalizzati") debba avvenire unicamente attraverso l'ortopedia di fiducia del disabile, in virtù del principio di libera scelta, potendo essere oggetto solo di eventuale livellamento dal punto di vista tariffario, onde sarebbe illegittimo obbligare il disabile a rivolgersi solo ed esclusivamente all'ortopedia vincitrice di gara. Col settimo motivo lamentavano poi che, poiché solo i presidi di cui all'elenco n. 3 sono dati in uso al disabile, mentre quelli di cui agli elenchi nn. 1 e 2 sono ceduti in sua proprietà ed esso non è perciò tenuto a restituirli, questi ultimi non possono essere riutilizzati salva apposita, specifica disciplina regionale, nella specie mancante, quindi illegittimamente l'ASL avrebbe bandito una gara per servizi che non possono essere esperiti.

Il primo giudice, richiamata la propria precedente sentenza n. 9418 del 2008 (appellata dall'ASL e da controinteressati, ma i cui appelli sono stati dichiarati con sentenza n. 2717 del 2009 della sez. V improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse, essendosi l'ASL adeguata alla pronuncia) in fattispecie che comprendeva anche la fornitura, ha ritenuto, in sintesi, che pure nel caso in esame fosse fondata l'assorbente censura di contrasto del bando con le previsioni del d.m. 27 agosto 1999 n. 332, il quale non consentirebbe la preventiva individuazione di un solo e specifico fornitore a cui i pazienti debbano necessariamente rivolgersi; vi sarebbe infatti distinzione tra le modalità di approvvigionamento degli ausili degli elenchi nn. 2 e 3, mediante gara con successiva individuazione del prezzo, e quelle per gli ausili dell'elenco n. 1, basate sulla facoltà di scelta del paziente di una ortopedia di sua fiducia, in cui l'acquisto avviene non al prezzo di mercato ma al più restrittivo

tariffario. Inoltre, con riferimento al settimo motivo e premesso che i dispositivi di cui agli elenchi nn. 1 e 2 si intendono – a differenza di quelli dell’elenco n. 3 – ceduti in proprietà all’assistito, ha ritenuto che, in assenza di normativa regionale, all’ASL non sarebbe consentito di sua iniziativa obliterare la superiore normativa nazionale. Oltretutto, la riassegnazione striderebbe col ripetuto principio generale di libera scelta.

2.- In primo luogo, va disattesa l’eccezione di inammissibilità dell’appello, sollevata dalle parti appellate nel rilievo che la gravata sentenza sarebbe censurata solo con riferimento all’accoglimento del settimo motivo e non anche del primo, tenuto conto dell’affermazione dell’ASL (pag. 4 dell’atto di appello) secondo cui la gara la gara non concernerebbe i dispositivi di cui all’elenco n. 1.

In realtà l’Azienda chiarisce che i servizi posti a gara hanno ad oggetto preminente i presidi inclusi nell’elenco n. 2 e solo alcuni di quelli di cui all’elenco n. 1, pertanto con esclusione di quelli c.d. “personalizzati” in quanto “fabbricati appositamente (...) e destinati ad essere utilizzati solo da un determinato paziente”.

3.- Ciò posto, la Sezione osserva che non è affatto in discussione la fornitura di dispositivi ed ausili per disabili, giacché la gara di cui si controverte non ha ad oggetto appunto una siffatta fornitura, bensì il servizio che ne renda riutilizzabili taluni, attraverso le seguenti fasi delineate dall’art. 1, co. 3, del capitolato speciale:

a.- ricondizionamento e recupero di tutti gli ausili giacenti inutilizzati presso l’utenza e/o i distretti sanitari di base; b.- sopralluoghi ed accertamenti, ove necessari, delle compatibilità logistiche del domicilio e delle compatibilità fisiche rispetto all’utilizzo dell’ausilio; c.- ritiri e consegne a domicilio del paziente; d.- installazione, istruzione all’uso, collaudo tecnico e monitoraggio dell’ausilio e del suo utilizzo; e.- immagazzinamento e stoccaggio; f.- inventariazione; g.- manutenzione, riparazione, igienizzazione; h.- informatizzazione ed organizzazione.

Non sono pertanto ad essa applicabili le norme in tema di approvvigionamento, dovendo se mai valutarsi se queste incidano o meno sulla possibilità del riutilizzo.

Al riguardo, va preliminarmente precisato che l'art. 1 del "regolamento recante norme per le prestazioni di assistenza protesica erogabili nell'ambito del Servizio sanitario nazionale: modalità di erogazione e tariffe", emanato col d.m. Sanità 27 agosto 1999 n. 332, include nell'elenco n. 1 del nomenclatore ad esso allegato i dispositivi:

- a) costruiti "su misura" e quelli "di serie la cui applicazione richiede modifiche eseguite da un tecnico abilitato su prescrizione del medico specialista ed un successivo collaudo da parte dello stesso;
- b) di fabbricazione continua o di serie "finiti" che, per essere consegnati ad un determinato paziente, necessitano di essere specificamente individuati ed allestiti "a misura" da un tecnico abilitato, su prescrizione del medico specialista.

Per entrambe le tipologie è stabilito che i relativi ausili possano essere destinati esclusivamente al paziente cui sono prescritti e la loro applicazione è effettuata da tecnico in possesso di apposito titolo abilitante.

Chiarisce inoltre che l'elenco n. 2 concerne ausili tecnici di serie, la cui applicazione o consegna non richiede intervento di tecnico abilitato, e l'elenco n. 3 riguarda apparecchi acquistati direttamente dalle aziende unità sanitarie locali ed assegnati in uso con le procedure di cui all'art. 4 (programma, diagnosi, prescrizione, ecc.).

L'art. 3 stabilisce che per l'erogazione dei dispositivi "su misura" le regioni e le aziende usl si rivolgono a soggetti iscritti presso il Ministero della sanità ai sensi dell'art. 11, co. 7, della legge n. 46 del 1997 (fabbricanti, appunto, di dispositivi "su misura"), mentre per l'erogazione dei restanti dispositivi dell'elenco n. 1 esse si rivolgono ai soggetti autorizzati all'immissione in commercio, alla distribuzione o alla vendita dei dispositivi stessi ai sensi della vigente normativa, i quali dispongano di tecnico abilitato. Quanto ai dispositivi inclusi negli elenchi nn. 2 e 3, la norma

prevede che le regioni e le aziende usl “stipulano contratti con i fornitori aggiudicatari delle procedure pubbliche d’acquisto” di cui all’art. 8, co. 2 (ossia con le procedure pubbliche d’acquisto espletate secondo la normativa vigente).

Per quanto qui rileva il già citato art. 4 dispone al co. 12 che i dispositivi di cui agli elenchi nn. 1 e 2 “si intendono ceduti in proprietà all’assistito, fatta salva la possibilità delle regioni di disciplinare modalità di cessione in comodato dei dispositivi dei quali sia possibile il riutilizzo, allo scopo di conseguire economie di gestione, prevedendo comunque l’obbligo dell’azienda cedente di garantire la perfetta funzionalità e sicurezza dei dispositivi e di fornire all’assistito le istruzioni previste dalla normativa vigente”.

Infine, con riguardo all’elenco 1, il regolamento si conforma al disposto dell’art. 1, co. 2, lett. d), del d.lgs. 24 febbraio 1997 n. 46 (recante attuazione della direttiva 93/42/CEE concernente appunto i dispositivi medici), il quale definisce “dispositivo su misura” quello “fabbricato appositamente, sulla base della prescrizione scritta di un medico debitamente qualificato e indicante, sotto la responsabilità del medesimo, le caratteristiche specifiche di progettazione (...) e destinato ad essere utilizzato solo per un determinato paziente”. La norma prosegue precisando che “non sono considerati dispositivi su misura” quelli realizzati “con metodi di fabbricazione continua od in serie, che devono essere successivamente adattati, per soddisfare un’esigenza specifica del medico o di un altro utilizzatore professionale”. Si tratta, evidentemente, dei dispositivi indicati innanzi sub a) nel primo caso e sub b) nel secondo caso.

4.- Così riassunto il quadro normativo in cui si colloca la gara in questione, la Sezione osserva che non è ravvisabile in esso alcuna preclusione affinché un’azienda possa prevedere autonomamente ed assumere iniziative organizzative per il riutilizzo dei dispositivi inclusi negli elenchi nn. 2 e 3 del nomenclatore, ma a ben vedere neppure per quelli “allestiti a misura” inclusi nell’elenco n. 1, costruiti

“finiti” ed adattati per un determinato disabile (ben inteso sempre che l’adattamento di tali dispositivi “allestiti a misura” sia effettuato da tecnico abilitato, siano garantite perfette funzionalità e sicurezza e fornite le istruzioni), quindi ripristinabili ed allestibili “a misura” di altro disabile, operando la preclusione non normativa, bensì soprattutto funzionale e di convenienza economica, unicamente per quelli costruiti o modificati (non semplicemente adattati o allestiti) appositamente per quel paziente, ossia “su misura”, i quali – come precisato dall’ASL – non rientrano nell’oggetto del servizio messo a gara.

Del resto, la possibilità di riutilizzo è prevista direttamente dal regolamento.

Né il fatto che la disposizione sopra riportata dia alle regioni la facoltà (in Campania allo stato esercitata con d.G.R. n. 1616/2007 solo per le protesi acustiche) di prevedere che i dispositivi inclusi negli elenchi nn. 1 e 2 siano ceduti all’assistito in comodato, anziché in proprietà, esclude l’iniziativa di riutilizzo da parte dell’azienda di quegli ausili di cui è già proprietaria, in quanto se ne era dotata per esigenze dirette ed ora giacenti inutilizzati presso di essa, ovvero dismessi e restituiti (*id est* ritirati a richiesta dell’utente presso il suo domicilio) dagli interessati per qualsiasi causa e quindi rientrati nella sua proprietà (non in quella del gestore del servizio).

Detta disposizione intende, infatti, agevolare e generalizzare il riutilizzo, non certo limitarlo all’ipotesi ivi formulata, anzi suggerendolo come metodo per il conseguimento dello scopo della realizzazione di economie nelle spese di gestione. Quanto poi all’assegnazione del confacente ausilio “rimesso a nuovo” ad un assistito, in primo luogo ciò non può ritenersi vietato all’Azienda, dal momento che l’art. 26, co. 1 e 2, della legge 23 dicembre 1978 n. 833 ben le consente di erogare direttamente, attraverso i propri servizi, le prestazioni sia sanitarie che protesiche dirette al recupero funzionale e sociale dei soggetti affetti da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, dipendenti da qualsiasi causa. In

secondo luogo, neppure può ritenersi che siffatta assegnazione leda la facoltà di “libera scelta” dell’assistito dell’ortopedia a cui rivolgersi: com’è ben noto, nel sistema sanitario nazionale la facoltà di libera scelta, peraltro riferibile alle prestazioni prettamente sanitarie e non ai meri ausili, non costituisce principio di carattere assoluto, dovendo invece essere temperato con altri principi rispondenti a valori pur costituzionalmente tutelati, quali appunto il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica (cfr. Corte cost., 26 maggio 2005 n. 200).

Inoltre, poiché i servizi previsti nella gara di cui si controverte escludono espressamente i dispositivi “personalizzati” nei sensi precisati dalla prima parte dell’art. 1, co. 2, lett. d), del d.lgs. n. 46 del 1997, coincidenti con quelli “su misura” indicati sopra sub a), nell’affidamento dei medesimi servizi non è configurabile alcuna violazione del diritto alla salute né il mancato rispetto della persona del disabile, non trattandosi di interventi, tanto meno invasivi, sul corpo dello stesso disabile, bensì, come risulta dall’allegato 1 al capitolato, di carrozzine, deambulatori, materassi compressor e cuscini, letti ortopedici, sollevatori e montascale. Né è configurabile un “diritto” delle ortopedie alla fornitura di presidi nuovi, come dimostra il dato normativo sul riutilizzo, richiamato innanzi.

5.- Conclusivamente, alla stregua delle proposte doglianze d’appello e diversamente da quanto affermato dal TAR, i motivi primo e settimo del ricorso di primo grado non trovano fondamento nella normativa e nei principi invocati.

6.- Vengono perciò in rilievo gli ulteriori motivi formulati dai ricorrenti, assorbiti dal TAR e riproposti in questa sede, di seguito riassunti:

(2) Per i dispositivi di cui agli elenchi nn. 2 e 3 gli artt. 3, co. 4, 4, co. 12, e 9, co. 2, del d.m. prevedono una gara non per selezionare unico fornitore, ma per determinare il prezzo massimo di rimborso da parte della regione, fermo restando la libera scelta dell’utente del fornitore a cui rivolgersi, non potendosi prescindere

dalla capillarità della distribuzione e dal gradimento dell'utente; tale è la soluzione data in precedenza dalla stessa ASL per la fissazione del prezzo dei detti ausili, con libera scelta dell'utente tra coloro che sono disposti a erogare quel presidio a quel prezzo.

(3) Le decurtazioni dei prezzi che scaturiranno dalle offerte di gara sui dispositivi di cui all'elenco n. 1 comporteranno inevitabilmente che il prodotto da erogare all'utenza non potrà essere di standard accettabili. Il sistema prescelto (prezzo/qualità con pp. 50 e 50, in pratica al massimo ribasso) è in contrasto con la prefissazione delle tariffe, tarate soprattutto sulla base della qualità del presidio su misura, sicché non possibile alcun ribasso.

(4) Il d.m. n. 332 del 1999 è stato emanato anche recependo pareri dell'Autorità garante per la concorrenza e mercato, in adesione ai quali lo stesso d.m. ha previsto procedure pubbliche di acquisto solo per i dispositivi di cui agli elenchi n. 2 e n. 3 e non per quelli "su misura" di cui all'elenco n. 1, all'evidente scopo di evitare posizioni di monopolio da parte di un unico soggetto. Difatti, il 99% dei disabili si rivolge a ortopedie convenzionate col s.s.n., quindi il mercato dei dispositivi dipende quasi totalmente dal convenzionamento. Di contro, la procedura di gara creerà ex abrupto una situazione di incontrastato monopolio, dovendo tutti i disabili rivolgersi ad un unico fornitore del servizio, con conseguente azzeramento della clientela, per quanto fidelizzata.

(5) a.- Il bando è stato integrato con atto monocratico in data 18 ottobre 2012 del dirigente del servizio, il quale, rispondendo ad un quesito, prescrive come ulteriore requisito di partecipazione il possesso di magazzini nel territorio dell'ASL.

b.- Nel capitolato definitivo ripubblicato a seguito di proteste della FIOTO non compaiono più le carrozzine pieghevoli ed elettroniche, però reintrodotte con la risposta in data 29 novembre 2012 ad un quesito, con la quale si espone che la scomparsa è dovuta solo ad un refuso.

(6) I prefissati requisiti minimi di partecipazione sono incongrui e volti a favorire ben determinate ditte; si richiede infatti un fatturato globale nel triennio 2009-11 di € 4.800.000 a fronte di un importo presunto di € 2.400.000 e ben € 1.200.000 per fatturato di servizi identici e/o analoghi. La recente disciplina di cui agli artt. 1, co. 2, e 15 del d.l. 95/2012 detta invece nuovi criteri intesi a favorire le piccole e medie imprese, alle quali deve essere consentito di partecipare a gare tramite la previsione di lotti e l'eliminazione dei requisiti di fatturato.

(8) La gara è illegittima anche per violazione dell'art. 23, co. 7, del d.lgs. n. 46 del 1997 poiché non prevede marcatura CE con la prescritta procedura, obbligatoria per i dispositivi medici ed applicabile anche a quelli rimessi a nuovo e riciclati.

(9) Per finalità di contenimento della spesa pubblica con deliberazione 30 marzo 2007 n. 515 la Giunta regionale campana ha affidato alla soc. So.Re.Sa., quale centrale di committenza regionale, l'espletamento di tutte le gare, le quali quindi restano sottratte alle singole aziende sanitarie locali, sicché la procedura in questione rientrava nei compiti di So.Re.Sa.

(10) Il criterio di partecipazione concernente il possesso di magazzino nel territorio dell'ASL, introdotto mediante risposta a quesito, contrasta con principio di libera concorrenza, è irragionevole e favorisce i soggetti presenti nel territorio, determinando una distorsione del mercato per ragioni di carattere territoriale.

7.- I riproposti motivi secondo, terzo e quarto sono inconferenti in quanto riguardanti la "fornitura" di dispositivi ed il loro prezzo, non già il servizio finalizzato al loro riutilizzo, come detto da ritenersi consentito anche in assenza di disciplina regionale in ordine alla concessione dei dispositivi in comodato anziché in proprietà, ferme restando le ordinarie modalità di approvvigionamento per i dispositivi nuovi.

8.- Sono invece infondati i motivi sesto, ottavo e nono.

8.1.- Il sesto lo è poiché, a fronte di un importo presunto annuo d'appalto di € 800.000, cioè € 2.400.000 triennali, non appare *ictu oculi* esorbitante ed irragionevole un fatturato nel triennio 2009-11 globale (ossia riferito al complesso degli affari svolti) di € 4.800.000 + IVA e specifico (per servizi sia identici che simili) di € 1.200.000, pari il primo al doppio ed il secondo alla metà del detto importo presunto, stante la finalità del requisito, volto a comprovare la capacità economico finanziaria e l'acquisizione della necessaria esperienza da parte del concorrente e, in definitiva, a far ritenere che il concorrente sia verosimilmente idoneo ad eseguire correttamente l'appalto in questione anche in relazione all'oggettiva complessità del servizio oggetto di gara (cfr. sul punto, ad es., Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2008 n. 1860).

Quanto alle innovazioni apportate dal d.l. 6 luglio 2012 n. 95 (conv. con mod. dalla l. 7 agosto 2012 n. 135), l'art. 1, co. 2, si limita ad aggiungere all'art. 2, co. 1 *bis*, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163) il periodo: "I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese", senza dettare più precise prescrizioni in ordine alle modalità applicative della novella e, in particolare, senza incidere, neppure al successivo art. 15, sul disposto dell'art. 41, co. 1, lett. c), dello stesso codice, ossia sulla possibilità della stazione appaltante di richiedere la dimostrazione della capacità economico finanziaria del concorrente anche mediante dichiarazione sul fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture del settore oggetto della gara negli ultimi tre esercizi.

Quanto alla divisione in lotti, il co. 1 *bis* del cit. art. 2 (nel testo, applicabile *ratione temporis*, introdotto dall'art. 44, co. 7, del d.l. n. 201 del 2011 conv. con mod. dalla l. n. 214 del 2011, poi, come si è visto, integrato dal d.l. n. 95 del 2012 e prima delle ulteriori modificazioni di cui all'art. 26 *bis*, co. 1, del d.l. n. 69 del 2013 conv. con mod. dalla l. n. 98 del 2013), prescrive che "ove possibile ed economicamente

conveniente” le stazioni appaltanti devono suddividere gli appalti in “lotti funzionali” al fine di favorire l’accesso alle piccole e medie imprese e nel rispetto della disciplina comunitaria. E nella specie non appare affatto illogico che, in relazione al ripetuto, peculiare oggetto della procedura come definito dal ricordato art. 1, co. 2, del capitolato speciale, l’ASL abbia ritenuto non possibile e tanto meno conveniente la suddivisione in “lotti funzionali”: si pensi alle indubbie e gravi difficoltà che deriverebbero dal distinguere le attività elencate nel ridetto art. 1, co. 2, per dispositivi o gruppi di dispositivi, ovvero dallo scindere le stesse attività tra diversi operatori.

In conclusione, appare evidente come lo stesso oggetto non si presti al frazionamento.

D’altra parte i ricorrenti che si qualificano come ortopedie non forniscono la benché minima prova dell’impossibilità per i due aspetti trattati di concorrere da soli o riuniti ovvero mediante avvalimento, anche con altri soggetti.

8.2.- L’ottavo motivo è smentito dall’espressa previsione del capitolato speciale (pag. 6: art. 5, lett. G “manutenzione, riparazione ed igienizzazione”, co. 4) secondo cui “Le riparazioni dovranno essere effettuate in ossequio alla normativa vigente in tema di marchi CE ed alla normativa italiana ed europea vigente in materia”.

8.3.- Il nono motivo è anch’esso smentito dalla citata deliberazione 30 marzo 2007 n. 515 della Giunta regionale, che vieta alle aziende di indire nuove gare “con riferimento alle categorie merceologiche agenti chimici, presidi chirurgici (...) dispositivi medici, macchinari e attrezzature di valore unitario superiore ad euro 750.000”, in tal modo intendendosi come valore “unitario” quello della fornitura, non dei servizi finalizzati al “riutilizzo” dei dispositivi, in questione.

D’altro canto, mentre la delibera dispone che entro il 31 maggio 2007 So.Re.Sa. proceda alla pubblicazione delle gare centralizzate relative anche ai dispositivi

medici di valore unitario superiore ad euro 750.000, cioè appunto alla loro fornitura, non emerge che la Società sia stata investita di analogo compito con riguardo ai servizi finalizzati al “riutilizzo”, né risulta lo sia stata successivamente, i servizi demandati alla medesima concernendo “mensa, gestione del calore, pulizia e lavanderia”. Ne consegue che, non rientrando l’oggetto della gara di cui si controverte in quelli rimessi a So.Re.Sa., l’ASL NA 2 Nord era libera di provvedervi direttamente.

9.- Fondato, invece, si presenta il quinto motivo, sotto entrambi i dedotti profili, sia pure nei limiti indicati appresso.

Si tratta, invero, di censure che vanno riferite alle note contenenti risposte a quesiti del 18 ottobre e 29 novembre 2012, anch’esse oggetto di specifica impugnativa, che non possono investire l’indizione della gara nel suo complesso e riguardano punti particolari i quali esulano dalla *lex specialis* come consacrata negli atti della stessa gara e, in particolare, nel capitolato speciale “definitivo” ed il suo allegato recante “i costi a base d’asta per le tipologie dei prodotti e dei servizi oggetto della gara”, dichiarato “parte integrante e sostanziale” dello stesso capitolato (art. 2, co. 1).

Ne consegue che l’annullamento di tali risposte non ridonda in detti atti.

Tanto precisato, le cennate risposte a quesiti non possono non ritenersi illegittime, poiché travalicano appunto la *lex specialis* di gara che, com’è noto, dev’essere osservata integralmente dalla stessa stazione appaltante e non può essere da essa disapplicata se non previa modificazione nelle forme con le quali è stata adottata, sicché i chiarimenti in risposta a quesiti devono restare in tale ambito, senza divenire integrazione o modifica delle clausole della stessa *lex* di gara.

Nel caso in esame, invece, la risposta a cura del direttore dell’U.O.C. Coord. Assistenza Riabilitativa del 18 ottobre 2012 introduce il requisito della presenza di locali di immagazzinaggio e stoccaggio “sul territorio di questa Azienda sanitaria”,

quando il capitolato si limitava a richiedere alla ditta aggiudicataria di “garantire l’adeguato magazzinaggio degli ausili e dei presidi di proprietà di questa ASL in propri locali idonei e rispettosi delle norme in vigore”, precisando che “le ditte concorrenti dovranno far pervenire idonea documentazione (piantina 1:100) dei locali che saranno utilizzati per lo scopo, con il relativo indirizzo di ubicazione ...”, senza prescrivere che detti locali siano siti nel proprio territorio (pag. 5: art. 5, lett. E, “immagazzinamento e stoccaggio”).

La risposta a cura dello stesso direttore del 29 novembre 2012, nel precisare che “nel procedimento di copia dell’allegato sono stati omessi, per un mero errore materiale gli elenchi relativi alle carrozzelle pieghevoli ed elettroniche”, lascia intendere che tali elenchi debbano intendersi inclusi nel medesimo allegato, ossia integra essa stessa l’oggetto della gara, per come individuato dal capitolato e relativo allegato c.d. “definitivi”, i quali “annullano e sostituiscono i precedenti”, come precisato nell’avviso del Direttore generale di fissazione del nuovo termine del 21 dicembre 2012 per la presentazione delle offerte.

10.- In definitiva, assorbito il decimo motivo in quanto concernente la stessa questione dell’ubicazione dei locali di immagazzinamento e stoccaggio, l’appello dev’essere accolto nei limiti derivanti dall’accoglimento parziale del ricorso di primo grado, con conseguente riforma della sentenza appellata nel senso che il medesimo ricorso va in parte respinto ed accolto per la restante parte, ossia unicamente quanto al chiesto annullamento delle menzionate note 18 ottobre e 19 novembre 2012 del Direttore U.O.C. Coord. Assistenza Riabilitativa.

La novità della vicenda e l’esito complessivo della controversia consigliano la compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, accoglie il medesimo

appello nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata in parte respinge ed in parte accoglie il ricorso di primo grado ed annulla le impugnate note 18 ottobre e 19 novembre 2012 del Direttore U.O.C. Coord. Assistenza Riabilitativa.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)