

## Parere n.120 del 22/06/2011

### PREC 65/11/S-F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Medicaire Italia S.r.l. - Procedura ristretta per l'affidamento del servizio di ossigeno terapia domiciliare, comprensivo della fornitura di ossigeno terapeutico, di prodotti consumabili e dell'assistenza tecnico-sanitaria - Importo a base d'asta € 5.195.950,00 - S.A.: Azienda Sanitaria ULSS n. 3 Bassano del Grappa

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 18 marzo 2011 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere con cui la Medicaire Italia srl ha contestato la determinazione del prezzo posto a base di gara, in quanto non supportata da un'adeguata valutazione dei costi delle singole prestazioni dedotte nel contratto e, quindi, non in grado di garantire la remuneratività d'appalto ai sensi dell'art. 89, comma 1, D.Lgs. n.163 del 2006. L'istante, inoltre, lamenta la mancata stima del fabbisogno di ossigeno liquido, sebbene la procedura in epigrafe indicata abbia ad oggetto l'affidamento del servizio di ossigenoterapia domiciliare. Al riguardo non sarebbe adeguato il chiarimento fornito dalla stazione appaltante, la quale ha precisato che il consumo mensile di ossigeno liquido è di 73 mc a paziente, in quanto quest'ultima non ha fatto riferimento al fabbisogno di ossigeno liquido risultante dal piano terapeutico dei pazienti, bensì al consumo del medicinale registrato negli anni precedenti. In tal modo, secondo l'istante, la stazione appaltante avrebbe disatteso anche l'insegnamento dell'Autorità di cui al parere n.8 del 12.1.2011, posto che l'appalto in questione sarebbe di fornitura e non di servizio o, comunque, misto con prevalenza della fornitura.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la stazione appaltante ha ribadito la correttezza del proprio operato, precisando che la predisposizione degli atti di gara è stata preceduta da una completa istruttoria volta a raccogliere i dati relativi al consumo di ossigeno liquido e gassoso presso gli attuali fornitori del servizio (tra cui anche la Medicaire Italia sr). La stazione appaltante, inoltre, ha riferito di aver fornito a tutte le ditte concorrenti, a seguito di specifica richiesta, puntuale chiarimento relativo al consumo di ossigeno liquido, in particolare ha precisato che " *in base ai dati storici, il consumo medio mensile per paziente è pari a mc 73*". L'Azienda Ospedaliera, infine, ha rappresentato di aver effettuato, al fine di calcolare il prezzo da assumere a base d'asta, un'ampia indagine di mercato presso le aziende sanitarie di varie regioni e le principali ditte di settore, dalla quale è emerso che il prezzo di euro 4,20 a mc per l'ossigeno liquido stabilito dall'AIFA subisce notevoli ribassi in occasione delle gare di appalto. Conseguentemente, la stessa si è determinata a fissare in euro 7,50 il prezzo a base d'asta/die rapportato al fabbisogno medio di ossigeno liquido per paziente. Come precisato nei chiarimenti forniti alle imprese, tale prezzo è stato fissato a giornata in quanto " *la gara in oggetto disciplina un insieme di prestazioni all'interno delle quali è compresa la fornitura di ossigeno*" e tiene conto sia " *dell'importo presunto relativo al consumo dell'ossigeno liquido*" sia " *di tutte le altre prestazioni incluse nell'appalto*".

#### *Ritenuto in diritto*

L'istanza di parere in esame investe la congruità del prezzo posto a base d'asta e la legittimità della modalità di fissazione del prezzo prescelta dalla stazione appaltante in termini di di importo giornaliero forfettario per paziente con riferimento all'ossigeno liquido da somministrare agli utenti del servizio.

Al riguardo appare opportuno richiamare l'insegnamento dell'Autorità, secondo cui " *l'appalto in oggetto deve essere propriamente ricondotto, alla fattispecie di cui all'art. 14 del Codice dei contratti pubblici. Tale disposizione, che disciplina la categoria dei c.d. "Contratti misti", alla lett. b) del comma 2 prevede proprio il caso di "un contratto pubblico avente per oggetto prodotti e servizi di cui all'allegato II" stabilendo, al riguardo, che un siffatto contratto "è considerato un «appalto pubblico di servizi» quando il valore dei servizi supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto". In altri termini, la qualificazione giuridica dell'appalto, in tali casi, deve essere effettuata utilizzando il c.d. "principio della prevalenza economica", in base al quale l'appalto è considerato un appalto di servizi solo se il valore di questi è complessivamente superiore al totale delle voci previste nel quadro economico per i prodotti oggetto delle forniture*" (parere n. 8 del 12.1.2011).

Di contro nel caso in esame non risulta dagli atti prodotti dall'Azienda Sanitaria che quest'ultima, prima di qualificare e disciplinare l'affidamento in esame come "appalto di servizi", abbia svolto puntualmente tale necessaria valutazione, non essendosi preoccupata - come invece avrebbe dovuto - di fornire concreti elementi economici in base ai quali dimostrare che la fornitura di gas medicinale ad uso terapeutico ha un'incidenza economica sul valore dell'appalto inferiore rispetto al valore dei servizi richiesti dal capitolato speciale di gara: - servizio di call center (art.4); - sistema informatico di gestione del servizio (art.5);- servizio di consegna domiciliare, installazione e assistenza (art.6). Tanto

più che “ *per comune esperienza, nell’economia generale dei contratti del tipo qui controverso, l’importo per la fornitura del prodotto ha normalmente un’incidenza del tutto preponderante rispetto al valore dei servizi di somministrazione* ” (in tale senso, cfr. TAR Lazio, Roma Sez. III quater 8 luglio 2008, n. 6443).

Conseguentemente la mancata valutazione da parte della stazione appaltante dell’incidenza economica delle singole prestazioni dedotte in appalto, anche a prescindere dalla corretta qualificazione giuridica dello stesso, non consente di stabilire se la stazione appaltante medesima abbia individuato un corrispettivo realmente idoneo a remunerare l’insieme delle sopra richiamate prestazioni oggetto del c.d. servizio di ossigenoterapia domiciliare. Infatti, l’individuazione del corrispettivo d’appalto – come già chiarito da questa Autorità nel precedente parere n. 121 del 18 aprile 2007 dal quale non vi è motivo di discostarsi – “ *non può prescindere, per il rispetto dei basilari principi di efficienza, efficacia e correttezza, da una verifica sostanziale della sua congruità, che deve essere valutata su una puntuale verifica delle singole prestazioni dedotte in appalto. Per ricondurre ad unità tutte le diverse prestazioni richieste e addivenire alla remunerazione complessiva del prestatore del servizio, l’amministrazione può individuare un prezzo a forfait, che presuppone, ovviamente, l’effettuata analisi dei costi delle singole prestazioni dedotte nel contratto* ”.

Nel caso di specie dagli atti e dai documenti presentati non si rinviene l’effettuazione di tale analisi, infatti, dalla memoria della stazione appaltante si evince che l’unica indagine dalla stessa condotta è quella relativa al consumo dell’ossigeno terapeutico ed al relativo costo.

Perallo l’istante contesta le risultanze di tale analisi, in base alla quale la stazione appaltante ha posto a base di gara il prezzo di 7,50 euro/giorno/paziente per la somministrazione di ossigeno liquido. Secondo la Medicair Italia srl, infatti, la stazione appaltante avrebbe dovuto remunerare il servizio in esame non a forfait, ma mediante individuazione del pezzo dell’ossigeno a metro cubo, dato che il produttore/distributore di tale medicinale, a partire del 1 gennaio 2010, è vincolato all’autorizzazione dell’AIFA a commercializzare l’ossigeno soltanto in confezioni con le caratteristiche indicate nell’autorizzazione stessa, il cui prezzo – fissato dall’AIFA – per la tipologia che ci occupa è determinato in euro 4,20 al metro cubo per la confezione con pressione da 200 bar.

Al riguardo si richiamano le osservazioni già svolte dall’Autorità, secondo cui non vi è dubbio che debba essere rispettata la normativa di settore di cui al D.Lgs. n. 219/2006 che, in attuazione delle direttive 2001/83/CEE e 2003/94 CEE, prevede il rilascio di apposita autorizzazione dell’AIFA all’immissione in commercio dell’ossigeno terapeutico e ne consente la commercializzazione esclusivamente in confezioni autorizzate, il cui prezzo fissato dall’AIFA è di circa € 147 a confezione da 35 mc, ossia 4,20 euro/metro cubo (cfr. parere n. 8 del 12.1.2011). Ciò tuttavia non impone alle aziende sanitarie di fissare in casi come quello in esame un prezzo a base d’asta per la fornitura, configurabile “a confezione” ed uno prezzo a base d’asta per il servizio, anche “a forfait”.

Sul punto, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto non sussistere l’obbligo di considerare il prezzo determinato dall’AIFA come parametro inderogabile per l’individuazione del prezzo dell’ossigeno liquido nel caso in cui – come quello in esame – la fornitura dell’ossigeno è accompagnata da una serie di annesse prestazioni di servizi, ritenendo che rientra nella discrezionalità della stazione appaltante porre a base di gara un parametro “prezzo” conformato al servizio richiesto (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 30 aprile 2006, ordinanza n. 381).

Ne consegue allora che risulta possibile individuare un corrispettivo d’appalto realmente remunerativo, fissando quale prezzo a base d’asta un importo giornaliero forfettario per paziente, purché esso sia adeguatamente parametrato alla fornitura di ossigeno richiesta, provvedendo la stazione appaltante a stimare non solo il numero complessivo dei pazienti che necessitano dell’ossigeno terapeutico, ma anche i fabbisogni del predetto medicinale, ancorché in termini presuntivi e, pertanto, suscettibili di incremento o diminuzione in rapporto alle effettive esigenze che si manifesteranno durante la durata contrattuale. Solo in tal modo, infatti, è possibile, da un lato, consentire ai concorrenti una migliore elaborazione dell’offerta economica, che assicuri agli stessi un margine fisiologico di profitto, dall’altro, mettere la stazione appaltante nella condizione di effettuare i necessari controlli sulle quantità di ossigeno terapeutico effettivamente erogate ai pazienti soggetti al trattamento, al fine di evitare un eccessivo aggravio a carico del servizio sanitario.

Nel caso di specie la stazione appaltante ha quantificato in 73 mc al mese il bisogno di ossigeno per paziente, pari a ad un consumo giornaliero pro capite di 2,43 mc (cfr. i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante alle imprese concorrenti) e la stessa ha fissato in euro 7,50 IVA esclusa al giorno il prezzo a base d’asta rapportato al fabbisogno medio di ossigeno liquido, precisando nella memoria inoltrata all’Autorità che tale prezzo è superiore a quello pagato da altre aziende per le stesse prestazioni oggetto dell’appalto. Tale rilievo, tuttavia, non giova ai fini della verifica della congruità del prezzo contestato dalla Medicair Italia srl, in quanto il raffronto operato dalla stazione appaltante è fatto sui prezzi a forfait praticati dalle altre aziende sanitarie e prescinde dalla considerazione dei distinti quantitativi di ossigeno liquido somministrati in ogni singolo caso e sottesi alla determinazione di quel prezzo a forfait (cfr. allegato n. 12 alla nota inviata dalla stazione appaltante all’Autorità). Solo in due ipotesi viene considerato il prezzo a metro cubo dell’ossigeno, ma anche in tal caso il raffronto non può essere utilizzato per valutare la congruità del prezzo posto a base di gara, stante la mancata analisi dei costi dei servizi richiesti e, quindi, la mancata indicazione da parte della stazione appaltante della quota del prezzo forfettario che va a remunerare la fornitura di ossigeno e della quota che, invece, va a remunerare la prestazione dei servizi.

Sulla base delle considerazioni svolte, si ritiene che la valutazione dell’incidenza economica delle singole prestazioni oggetto dell’appalto sia da considerarsi propedeutica alla corretta qualificazione

del contratto ex art. 14 del D.Lgs. n. 163/2006 ed alla valutazione della remuneratività del corrispettivo d'appalto, tenuto conto dell'obbligo incombente sulle stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 89, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, e che sia compatibile con la normativa di settore la scelta dell'Azienda Sanitaria di configurare il prezzo a base d'asta sulla base di un canone giornaliero forfetario per assistito, purché, da un lato, la stazione appaltante effettui, preventivamente, una puntuale analisi dei costi delle singole prestazioni dedotte nel contratto e un'adeguata stima, ancorché in termini presuntivi, dei fabbisogni di ossigeno per paziente al metro cubo, e, dall'altro, che la stazione appaltante nella determinazione del prezzo a forfait tenga conto delle valutazioni di cui sopra, per garantire la remuneratività del corrispettivo d'appalto.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la valutazione dell'incidenza economica delle singole prestazioni oggetto dell'appalto sia da considerarsi propedeutica alla corretta qualificazione del contratto ex art. 14 del D.Lgs. n. 163/2006 ed alla valutazione della remuneratività del corrispettivo d'appalto, tenuto conto dell'obbligo incombente sulle stazioni appaltanti ai sensi dell'art. 89, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006;
- sia compatibile con la normativa di settore la scelta dell'Azienda Sanitaria di configurare il prezzo a base d'asta sulla base di un canone giornaliero forfetario per assistito, purché, da un lato, la stazione appaltante effettui, preventivamente, una puntuale analisi dei costi delle singole prestazioni dedotte nel contratto e un'adeguata stima, ancorché in termini presuntivi, dei fabbisogni di ossigeno per paziente al metro cubo, e, dall'altro, che la stazione appaltante nella determinazione del prezzo a forfait tenga conto delle valutazioni di cui sopra, per garantire la remuneratività del corrispettivo d'appalto.

I Consiglieri relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 7 luglio 2011

Il Segretario: Maria Esposito