DELIBERA N. 585 DEL 18 maggio 2016

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da Medicair Sud S.r.l. – Accordo quadro per L'affidamento della fornitura in service di ausili per la terapia respiratoria di cui al DM 332/99 per le ASP di Trapani, Caltanisetta, Agrigento e Palermo – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 37.253.329,22 – S.A.: Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani

PREC 261/15/F

Requisito di capacità tecnica – Forniture analoghe per un valore pari al 50% del valore posto a base d'asta

Il requisito concernente la comprova di un fatturato per forniture analoghe maturato nell'ultimo triennio pari al 50% dell'importo posto a base di gara è legittimo alla luce dell'orientamento consolidato secondo cui è consentita la richiesta di un fatturato, nel triennio pregresso, sino al doppio dell'importo posto a base della gara stessa.

Art. 41, d.lgs. 163/2006

Accordo quadro multifornitore – Pluralità di lotti – Criterio dell'appropriatezza terapeutica prescrittiva applicabile al singolo lotto

E' legittima la clausola del capitolato speciale d'appalto che, successivamente alla formazione delle graduatorie delle offerte dei concorrenti, prevede l'applicazione del criterio di appropriatezza terapeutica-prescrittiva anche nell'ambito del singolo lotto e con deroga al criterio di rotazione ove, in sede di esecuzione dell'accordo quadro, la sua applicazione sia adeguatamente motivata nella prescrizione medica.

Art. 59, commi 6-7, d.lgs. 163/2006 – DM 27.08.1999, n. 332

Accordo quadro con pluralità di operatori economici – Numero minimo pari a tre

E' illegittima, in quanto non suffragata dai principi espressi dalla disciplina dell'accordo quadro e in contrasto con i principi di concorrenza e proporzionalità, la clausola del bando di gara secondo cui, nel

Via Minghetti 10 – 00187 Roma

caso di un numero di aggiudicatari superiore a tre, tale numero sia ridotto di un'unità con conseguente esclusione da ciascuna graduatoria dell'ultimo concorrente pur collocato utilmente nella stessa.

Art. 59, comma 5, d.lgs. 163/2006 – Art. 2, comma 1, d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza prot. n. 123600 del 28.09.2015, la Medicair Sud S.r.l. ha presentato all'Autorità una richiesta di parere contestando l'illegittimità del bando di gara con il quale l'Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani ha indetto una procedura di gara per l'affidamento di una fornitura "in service" - tramite accordo quadro - di ausili per la terapia respiratoria di cui al D.M. 332/99 per le ASP di Trapani, Caltanissetta, Agrigento e Palermo (gara n. 6112740).

La società istante chiede all'Autorità di pronunciarsi con riferimento alla contestata illegittimità di talune clausole del bando di gara indetta dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani ai fini dell'affidamento di forniture "in service" - tramite accordo quadro - di ausili per la terapia respiratoria di cui al D.M. 332/99 per le ASP di Trapani, Caltanissetta, Agrigento e Palermo.

In particolare, sono ritenute illegittime le seguenti clausole della *lex specialis* di gara: (a) l'art. 16, punto III del bando di gara che prevede, come requisito di capacità tecnica ai fini della partecipazione alla procedura per ciascun lotto, l'aver compiuto nel triennio di riferimento (2012-2013-2014), forniture analoghe all'oggetto dell'accordo quadro per un importo almeno pari al 50% dell'importo stimato dell'accordo stesso in quanto la contestata non chiarezza dell'oggetto contrattuale e il presunto sovradimensionamento dell'importo a base di gara comprometterebbero notevolmente la comprova del requisito e, quindi, la partecipazione alla procedura; (b) l'art. 4 del capitolato speciale d'appalto nella parte in cui prevede che, formate le graduatorie secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e dopo avere escluso ogni ulteriore confronto competitivo, le stazioni appaltanti «per ciascun lotto, ordineranno i prodotti in base al criterio dell'appropriatezza terapeutica-prescrittiva», ciò

che determinerebbe una scelta arbitraria della stazione appaltante che lederebbe il criterio dell'aggiudicazione al miglior offerente; (c) l'art. 16, par. VI.3, del bando di gara che irragionevolmente comprometterebbe la concorrenza prevedendo, nel caso di un numero di aggiudicatari superiore a tre, che tale numero sia ridotto di un'unità.

In data 01.12.2015 l'Autorità comunicava alle parti interessate l'avvio dell'istruttoria.

In riscontro alla comunicazione di avvio dell'istruttoria, le parti trasmettevano memorie e documenti.

Ritenuto in diritto.

Con l'istanza di parere presentata la società Medicair Sud S.r.l. chiede all'Autorità di pronunciarsi con riferimento alla contestata illegittimità di talune clausole del bando di gara indetta dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani ai fini dell'affidamento di forniture "in service" - tramite accordo quadro - di ausili per la terapia respiratoria di cui al D.M. 332/99 per le ASP di Trapani, Caltanissetta, Agrigento e Palermo.

La società istante è dell'avviso che siano illegittime le seguenti clausole della *lex specialis* di gara: (a) l'art. 16, punto III del bando di gara che prevede, come requisito di capacità tecnica ai fini della partecipazione alla procedura per ciascun lotto, l'aver compiuto nel triennio di riferimento (2012-2013-2014), forniture analoghe all'oggetto dell'accordo quadro per un importo almeno pari al 50% dell'importo stimato dell'accordo stesso in quanto la contestata non chiarezza dell'oggetto contrattuale e il presunto sovradimensionamento dell'importo a base di gara comprometterebbero notevolmente la comprova del requisito e, quindi, la partecipazione alla procedura; (b) l'art. 4 del capitolato speciale d'appalto nella parte in cui prevede che, formate le graduatorie secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e dopo avere escluso ogni ulteriore confronto competitivo, le stazioni appaltanti «per ciascun lotto, ordineranno i prodotti in base al criterio dell'appropriatezza terapeutica-prescrittiva», ciò che determinerebbe una scelta arbitraria della stazione appaltante che lederebbe il criterio dell'aggiudicazione al miglior offerente; (c) l'art. 16, par. VI.3, del bando di gara che irragionevolmente comprometterebbe la concorrenza prevedendo, nel caso di un numero di aggiudicatari superiore a tre, che tale numero sia ridotto di un'unità.

Nella memoria trasmessa in data 10.12.2015, l'ASP di Trapani ha eccepito l'improcedibilità della richiesta di parere ai sensi dell'art. 3, par. 4, del Regolamento sull'esercizio della funzione di precontenzioso in ragione dell'introduzione dinanzi al TAR Sicilia (Palermo) di ricorsi giurisdizionali avverso la medesima procedura di gara da parte di altri operatori economici riguardanti motivi in parte analoghi a quelli addotti nell'istanza di precontenzioso (ricorsi r.g. nn. 2697/2015, 2708/2015 e 2685/2015).

La stazione appaltante si riporta alle difese espresse nei precitati giudizi, rispetto ai quali sono intervenute le sentenze nn. 171/2016, 172/2016, 173/2016 con le quali è stata dichiarata l'improcedibilità dei ricorsi per applicazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a.

In riscontro alla richiesta di parere presentata, si osserva preliminarmente che la stessa è ritenuta procedibile poiché, a parte la non piena coincidenza tra le censure sollevate con i ricorsi giurisdizionali e il contenuto dell'istanza, viste le intervenute pronunce di improcedibilità, non risultano sussistere i presupposti relativi alla pendenza di un ricorso giurisdizionale indicati all'art. 3, par. 4, del Regolamento che si esprime nel senso che le istanze sono improcedibili « in caso di esistenza o sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo».

(a) Si può, quindi, procedere alla disamina del primo quesito sottoposto all'attenzione dell'Autorità con l'istanza di parere presentata, concernente la presunta illegittimità del requisito speciale di partecipazione previsto all'art. 16, punto III, del bando di gara e avente il seguente contenuto: «non saranno ammessi a concorrere alla gara gli operatori economici che non dimostrino di avere effettuato, per ciascun lotto cui partecipano, nel triennio di riferimento (2012-2013-2014) forniture analoghe all'oggetto del presente accordo quadro per un importo pari 50% dell'importo stimato dell'accordo quadro, indicato all'art. 12 del presente C.S.A. e riportato nella tabella di seguito indicata». La tabella richiamata prevede diverse tipologie di forniture qualificabili come «ausili per la terapia respiratoria» con indicazione, per ciascun lotto in affidamento, di un diverso importo a base d'asta rispetto al quale l'operatore economico deve dimostrare il requisito del fatturato.

L'istante adduce diverse ragioni per le quali la comprova del requisito sarebbe notevolmente gravosa e lesiva della concorrenza.

In primo luogo, la società sostiene che gli importi fissati per la comprova del requisito speciale di partecipazione e che devono essere documentati tramite attestazione rilasciata dagli enti pubblici non riguarderebbero esclusivamente una fornitura, bensì anche lo svolgimento di servizi rispetto ai quali normalmente le stazioni appaltanti rilascerebbero i certificati sulla totalità del servizio di ventiloterapia domiciliare espletato, inclusivo delle forniture, piuttosto che sulla singola categoria di fornitura "ventilatoria" indicata nei lotti in affidamento. L'oggetto degli affidamenti ricomprenderebbe numerosi servizi il cui espletamento inciderebbe anche sull'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica cosicché sarebbe corretto richiedere il fatturato con riferimento al "servizio di ventiloterapia domiciliare" piuttosto che alla specifica fornitura dei prodotti. La comprova del requisito risulterebbe aggravata anche in ragione della sopravvalutazione degli importi a base d'asta come risulterebbe dimostrato da un'esame della tabella di cui all'art. 12, pag. 14, del capitolato speciale d'appalto con gli importi quadriennali previsti per ciascuna ASP confrontata con i quantitativi indicati nella tabella di cui all'art. 1, pag. 1, del capitolato speciale d'appalto e i canoni annui a base d'asta di cui alla tabella riportata all'art. 15 del capitolato (in particolare è indicato che la spesa complessiva quadriennale per il lotto 1 si dovrebbe ricavare moltiplicando il canone annuo posto a base d'asta per le quantità annue previste per il numero di anni della fornitura. Se è previsto un canone annuo di € 360,00 per n. 150 e per 4 anni, la somma corrispondente dovrebbe essere di € 216.000,00 piuttosto che € 504.484,00).

L'ASP di Trapani si difende indicando di aver fatto applicazione del DM 27.08.1999, n. 332 (Regolamento recante norme per le prestazioni di assistenza protesica erogabili nell'ambito del Servizio sanitario nazionale: modalità di erogazione e tariffe) e, in specie, degli Allegati 2 e 3 per l'acquisto degli ausili prevedendo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Rispetto alla presunta sopravvalutazione degli importi a base d'asta, la stazione appaltante ha chiarito che l'importo a base d'asta è quello relativo al canone annuo di noleggio degli ausili per la ventiloterapia, fissato all'art. 15 del capitolato speciale d'appalto, rispetto al quale sarebbero stati considerati anche altri fattori oltre al prezzo delle forniture, quali la qualità del prodotto, la capillarità della distribuzione, l'incertezza sul quantitativo degli ausili che verranno acquistati dalle ASL nella vigenza dell'accordo quadro.

Per il profilo che interessa l'istanza di parere, concernente la contestata illegittimità del requisito di partecipazione previsto dal bando di gara, la tesi espressa da Medicair S.p.A. non si ritiene fondata.

Per quanto concerne l'oggetto del contratto, che i contratti in affidamento sui sette lotti in cui si struttura l'accordo quadro abbiano essenzialmente ad oggetto forniture sanitarie risulta dai contenuti del bando di gara e del capitolato speciale d'appalto.

Il bando di gara prevede che l'accordo quadro sia espletato rispetto ai seguenti lotti: • Lotto 1 – Ventilatori CPAP a pressione positiva continua – importo a base di gara: 3.511.169,69 EUR; • Lotto 2 – Ventilatori AutoCPAP a pressione positiva autoregolante – importo a base di gara: 335.100,19 EUR; • Lotto 3 – Ventilatori Bilevel S/ST a doppio livello di pressione: modalità di ventilazione spontanea e temporizzata – importo a base di gara: 2.848.254,27 EUR; • Lotto 4 – Ventilatori Bilevel Auto a doppio livello di pressione automatico: modalità di ventilazione spontanea – importo a base di gara: 831.894,08 EUR; • Lotto 5 – Ventilatori presso-volumetrici – importo a base di gara: 7.442.365,27 EUR; • Lotto 6 – Ventilatori ad alte prestazioni – importo a base di gara: 3.313.190,16 EUR; • Lotto 7 – Apparecchio per la rimozione delle secrezioni (aspiratore chirurgico) – importo a base di gara: 344.690,96 EUR.

Ancora, l'art. 1 del capitolato speciale d'appalto prevede come oggetto dell'accordo quadro la «fornitura in service full risk di Ausili per la terapia respiratoria di cui al D.M. 332/99 per gli Assistiti delle ASP di Trapani, Caltanisetta, Agrigento e Palermo, incluse le isole di Linosa e Lampedusa … suddivisi in sei lotti: 1, 2, 3, 4, 5, 6» e la «fornitura degli aspiratori chirurgici indicati nel lotto 7, ivi compreso il materiale di consumo, per tutto il periodo in uso al paziente». Quindi, come prestazioni contrattuali sono individuate le seguenti: «per gli ausili riparatori di cui ai lotti 1, 2, 3, 4, 5, 6 come per gli aspiratori chirurgici di cui al lotto 7 (…): - la consegna presso la struttura ospedialiera prescrittrice o al domicilio del paziente; - l'installazione e l'assistenza full risk per tutta la durata della fornitura; - l'addestramento del paziente e/o del familiare; - la fornitura dei materiali di consumo necessari al funzionamento delle apparecchiature specificatamente indicato all'art. 3 del capitolato; - gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria; - l'attivazione di call-center con numero verde dedicato; - la fornitura ai centri prescrittori e/o di altra struttura indicata dalle AA.SS.PP degli strumenti necessari per la lettura dei dati registrati nelle smart card dei ventilatori. Si prevede che la fornitura riguarderà sia i pazienti in trattamento alla data di stipulazione dei contratti sia le nuove attivazioni relative ai pazienti che verranno presi in carico per tutta la durata dei contratti».

Sulla base delle previsioni contenute nel bando di gara e nel capitolato speciale d'appalto, l'oggetto contrattuale appare riconducibile, ai sensi dell'art. art. 14, comma 2, lett. a) e lett. b), d.lgs. 163/2006, prevalentemente e anche sotto un profilo di valore economico, tra le forniture di ausili per la terapia respiratoria previste dal DM 332/1999 con inclusione di servizi di natura accessoria. Il bando e il capitolato di gara sono conformi all'art. 3, comma 4, DM 332/1999. La norma, che si riferisce in rubrica proprio ai «Fornitori dei dispositivi protesici», prevede che per l'erogazione di dispositivi come quelli contemplati dal bando di gara, le Regioni o le ASL devono stipulare «contratti con i fornitori aggiudicatari delle procedure pubbliche di acquisto di cui all'articolo 8, comma 2». Quindi, l'art. 4, comma 13, DM 332/1999 espressamente prevede l'inclusione di servizi accessori nei contratti riguardanti le predette forniture stabilendo che «I contratti stipulati con i fornitori dei suddetti apparecchi prevedono la manutenzione e la tempestiva riparazione per tutto il periodo di assegnazione in uso all'assistito».

A ciò si aggiunga, sempre nell'ottica di valutare la legittimità del requisito speciale di partecipazione contestato dall'istante, che il requisito del fatturato è richiesto con riguardo a «forniture analoghe», con una previsione che amplia notevolmente le possibilità per gli operatori economici di comprovarlo attraverso documenti attestanti lo svolgimento di attività contrattuali che possano ritenersi di contenuto analogo (non identico) a quello in affidamento per i diversi lotti e la cui deve essere oggetto di una valutazione discrezionale della commissione di gara in sede di verifica dei requisiti. Ancora, per il profilo riferito alla sopravvalutazione dell'importo a base di gara che comprimerebbe eccessivamente la partecipazione alla procedura incidendo sul valore del fatturato da dimostrare, si fa presente che ai sensi dell'art. 8, comma 2, DM 332/1999, i prezzi di acquisto dei dispositivi in questione, in quanto ricompresi nell'elenco 3, non sono soggetti a un regime tariffario, bensì «sono determinati mediante procedure pubbliche di acquisto espletate secondo la normativa vigente». La norma prevede anche che le Regioni emanino direttive per lo svolgimento delle predette procedure, tenendo conto anche di obiettivi quali la garanzia della «capillarità della distribuzione dei dispositivi protesici, il rispetto di standard di qualità e la disponibilità di una gamma di modelli idonea a soddisfare specifiche esigenze degli assistiti».

Via Minghetti 10 – 00187 Roma

Ciò detto, la censura sollevata appare genericamente formulata e non comprovante che il prezzo a base d'asta definito dalla stazione appaltante per ciascuno dei sette lotti sia sovradimensionato; in ogni caso, la censura appare inidonea a sostenere la tesi della compromissione illegittima della partecipazione alla procedura di gara ove si consideri che l'ammontare richiesto è indicato in un valore almeno pari al 50% dell'importo a base di gara, in tal senso non potendosi considerare incongrua o sproporzionata né limitativo dell'accesso alla gara, anche tenuto conto del fatto che – per orientamento consolidato – è consentita la richiesta di un fatturato, nel triennio pregresso, sino al doppio dell'importo posto a base della gara stessa (tra gli altri: Cons. Stato, sez. V, 22.09.2015 n. 4425; Cons. Stato, Sez. V, 31.01.2006 n. 348; Deliberazione AVCP n. 40/2013; Deliberazione AVCP n. 92/2012; Parere AVCP n. 59/2009).

(b) Come secondo quesito, l'istante chiede all'Autorità di verificare la presunta illegittimità dell'art. 4 del capitolato speciale d'appalto nella parte in cui indica: «Nell'ambito degli operatori economici risultati idonei e facenti parte dell'Accordo quadro, le AA.SS.PP., per ciascun lotto, ordineranno i prodotti in base al criterio dell'appropriatezza terapeutica-prescrittiva. Specificamente e prioritariamente, ai pazienti di primo arruolamento, sarà fornito il prodotto della ditta risultata, per ciascun lotto, prima classificata sulla base della migliore offerta economicamente più vantaggiosa. Il medesimo prodotto sarà fornito ai pazienti già arruolati che necessitano del cambio del ventilatore. Per assicurare la continuità assistenziale a pazienti già presi in carico per la terapia respiratoria che necessitano di materiale di consumo/accessori dedicati all'apparecchio in uso o, nei casi adeguatamente motivati, per garantire al paziente di primo arruolamento il prodotto con le caratteristiche di miglior adattamento a specifiche sue condizioni cliniche e/o autogestionali, si potrà derogare dalla regola generale sopra citata, scegliendo il prodotto che meglio si adatta alle singole situazioni scorrendo la graduatoria. Si precisa che rientrano nella fattispecie del "primo arruolamento" i pazienti che entrano in ventiloterapia per la prima volta, ma anche i pazienti ai quali, per ragioni cliniche/assistenziali, in corso di validità dell'accordo quadro viene prescritta, a titolo sostitutivo, una tipologia/modello di ventilatore/aspiratore diversa da quella già in dotazione allo stesso, ovvero si presenta la necessità di sostituzione del modello in uso». L'istante sostiene che la clausola sarebbe in contrasto con l'art. 59, d.lgs. 163/2006 e con il principio di concorrenzialità ritenendo che essa rimetterebbe a una valutazione altamente discrezionale della stazione appaltante (prescrizione del medico) la scelta dell'operatore

Via Minghetti 10 – 00187 Roma

economico con cui stipulare il contratto, contravvenendo alla regola dell'aggiudicazione e della stipula conseguente con il miglior offerente nella graduatoria riferita al singolo lotto.

Sulla base di quanto dedotto dalla stazione appaltante nella documentazione in atti, i criteri per procedere ai diversi affidamenti sarebbero così riassumibili: (i) nel caso di scelta tra i diversi lotti: • criterio unico dell'appropriatezza terapeutico-prescrittiva; (ii) nel caso di scelta all'interno del singolo lotto: • criterio generale: priorità all'operatore economico primo in graduatoria; • criterio speciale per i pazienti di primo arruolamento (pazienti che entrano in ventiloterapia per la prima volta o pazienti che, per diverse ragioni, ricevano la prescrizione della sostituzione del ventilatore/aspiratore già in uso): criterio generale con priorità all'operatore primo in graduatoria, salvo possibilità di deroga, in casi adeguatamente motivati ove «al fine di garantire al paziente di primo arruolamento il prodotto con le caratteristiche di migliore adattamento a specifiche sue condizioni cliniche e/o autogestionali» può scegliersi «il prodotto che meglio si adatta alle singole situazioni scorrendo la graduatoria».

Il quesito sollevato riguarda l'applicazione dell'art. 59, commi 6-8, d.lgs. 163/2006 che contemplano due modalità procedurali: l'una nella quale le condizioni di aggiudicazione sono tutte stabilite a monte nella *lex specialis* di gara cosicché l'amministrazione aggiudicatrice non può procedere ad un nuovo confronto competitivo e l'altra nella quale le condizioni di aggiudicazione possono essere integrate anche successivamente una volta approvata la prima graduatoria, sulla base delle quali svolgere per ogni affidamento un nuovo confronto competitivo. La tesi sostenuta nella richiesta di parere si basa sulla contestata illegittimità della clausola del capitolato speciale d'appalto rispetto all'art. 59, commi 6 e 7, d.lgs. 163/2006 laddove, stilate le graduatorie riferite a ciascun lotto per diverse tipologie di ausili funzionali alla terapia respiratoria, consente alla stazione appaltante di scorrere la graduatoria approvata rispetto al singolo lotto, anche derogando al criterio di rotazione, in applicazione del criterio di appropriatezza terapeutica come da indicazioni adeguatamente motivate risultanti dalla singola prescrizione medica.

In materia di forniture sanitarie il criterio dell'appropriatezza terapeutico-assistenziale, che l'istante contesta rispetto alla previsione nel capitolato speciale d'appalto tale da prevalere anche rispetto al criterio della migliore offerta, trova espresso riconoscimento all'art. 4, DM 332/1999 che nel disciplinare le modalità di erogazione, a carico del Servizio Sanitario Nazionale, delle prestazioni di

assistenza protesica individuate nel Regolamento, subordina in linea generale la stessa erogazione al «preliminare svolgimento delle seguenti attività: prescrizione, autorizzazione, fornitura e collaudo», dove la prescrizione «costituisce parte integrante di un programma di prevenzione, cura e riabilitazione delle lesioni o loro esiti che, singolarmente, per concorso o coesistenza, determinano la menomazione o disabilità» (comma 3). Ancora, sempre la norma prevede che «la prima prescrizione di un dispositivo protesico deve comprendere: *a*) una diagnosi circostanziata, che scaturisca da una completa valutazione clinica e strumentale dell'assistito; *b*) l'indicazione del dispositivo protesico, ortesico o dell'ausilio prescritto, completa del codice identificativo riportato nel nomenclatore, e l'indicazione degli eventuali adattamenti necessari per la sua personalizzazione; *c*) un programma terapeutico di utilizzo del dispositivo comprendente: il significato terapeutico e riabilitativo; le modalità i limiti e la prevedibile durata di impiego del dispositivo; le possibili controindicazioni; le modalità di verifica del dispositivo in relazione all'andamento del programma terapeutico». Il comma 4 statuisce ancora che « La prescrizione è integrata da una esauriente informazione al paziente ed eventualmente a chi lo assiste, sulle caratteristiche funzionali e terapeutiche e sulle modalità di utilizzo del dispositivo stesso».

Come indicato all'art. 1, comma 1, del Regolamento, le prestazioni di assistenza protesica comportano l'erogazione di dispositivi che sono distinti nell'Allegato 1 in elenchi diversi – elenco 1, 2, e 3 – rispetto ai quali sussistono anche diverse norme regolamentari applicabili con riferimento alla disciplina dell'acquisizione da parte delle ASL.

In una fattispecie relativa alla procedura svolta con accordo quadro suddiviso in lotti, per la fornitura di dispositivi riconducibili all'elenco n. 2 allegato al DM 332/1999, il TAR Campania, sez. I, nella sentenza 26.03.2014, n. 1792, si è espresso per la legittimità della clausola del capitolato speciale d'appalto avente un contenuto analogo a quello oggetto di contestazione ritenendo legittimo il criterio della "*appropriatezza terapeutica assistenziale*" in quanto «ancorato a precisi ed oggettivi presupposti di tipo clinico, la cui sussistenza – certificata dai medici prescrittori – permette di superare il criterio preferenziale del prezzo più basso, temperandolo adeguatamente con l'esigenza di adattare il trattamento terapeutico agli specifici bisogni dell'ammalato».

Ciò posto, la fornitura in questione, riconducibile nell'ambito delle forniture di cui all'elenco 3, risulta soggetta ai medesimi principi, posto che occorrerà poi a valle della formazione delle graduatorie

verificare che effettivamente vi sia un ricorso motivato e giustificato al criterio di appropriatezza terapeutico-prescrittiva tale da giustificare la deroga, anche per il singolo lotto, al criterio dell'offerta migliore. In tal senso, le modalità di esecuzione dell'accordo quadro ex art. 59 possono trovare coerenza con i commi 6-8 dell'articolo citato purché vi sia una verifica tecnica a valle, confluita nella prescrizione medica adeguatamente motivata, che giustifichi lo scorrimento della singola graduatoria anche senza tenere conto del criterio di rotazione, verifica tecnica che, allo stato della documentazione in atti e dell'attività di gara posta in essere dalla stazione appaltante, non è possibile compiere.

(c) Con l'ultimo quesito, l'istante contesta la previsione contenuta all'art. 16, par. VI.3, del bando di gara che irragionevolmente comprometterebbe la concorrenza laddove prevede, nel caso di un numero di aggiudicatari superiore a tre, che tale numero sia ridotto di un'unità. In particolare, è specificato nel bando che «Il numero degli aggiudicatari dell'Accordo Quadro, cioè degli operatori economici con cui per ciascun lotto, sarà concluso il presente accordo quadro, è determinato secondo la seguente regola: - N= 3, il numero degli aggiudicatari sarà pari a 3, - per N > 3, il numero degli aggiudicatari sarà pari a N –1, dove N rappresenta il numero di offerte valide».

L'art. 59, comma 5, d.lgs. 163/2006 si limita a prescrivere: «Quando un accordo quadro è concluso con più operatori economici, il numero di questi deve essere almeno pari a tre, purché vi siaun numero sufficiente di operatori economici che soddisfano i criteri di selezione, ovvero di offerte accettabili corrispondenti ai criteri di aggiudicazione».

La norma prevede un numero minimo di tre operatori senza autorizzare limitazioni rispetto al numero minimo indicato cosicché non appare effettivamente supportata da una scelta ragionevole la decisione della stazione appaltante di escludere sostanzialmente da ciascuna graduatoria l'ultimo collocato utilmente.

Ne consegue che la clausola appare in contrasto con i principi di concorrenza e proporzionalità di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. 163/2006.

In conclusione, alla luce di quanto sopra rappresentato,

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- il requisito previsto all'art. 16, punto III, del bando di gara concernente la comprova di un fatturato per forniture analoghe maturato nell'ultimo triennio pari al 50% dell'importo posto a base di gara non sia illegittimo anche alla luce dell'orientamento consolidato secondo cui è consentita la richiesta di un fatturato, nel triennio pregresso, sino al doppio dell'importo posto a base della gara stessa (tra gli altri: Cons. Stato, sez. V, 22.09.2015 n. 4425; Cons. Stato, Sez. V, 31.01.2006 n. 348; Deliberazione AVCP n. 40/2013; Deliberazione AVCP n. 92/2012; Parere AVCP n. 59/2009)
- l'art. 4 del capitolato speciale e il criterio dell'appropriatezza terapeutica assistenziale previsto con riferimento al singolo lotto sia legittimo ove, in sede di esecuzione dell'accordo quadro, la sua applicazione sia adeguatamente motivata nella prescrizione medica;
- l'art. 16, par. VI.3, del bando di gara sia illegittimo, per contrasto con i principi di concorrenza e proporzionalità, ove prevede che, nel caso di un numero di aggiudicatari superiore a tre, tale numero sia ridotto di un'unità con conseguente esclusione da ciascuna graduatoria dell'ultimo concorrente pur collocato utilmente nella stessa.

Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 maggio 2016
Il Segretario Maria Esposito

Via Minghetti 10 – 00187 Roma