

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 7

del 16.01.2008

PREC444/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla T.D.C. Cons. – selezione per la qualificazione di laboratori odontotecnici, finalizzata all'erogazione di protesi dentarie ed apparecchi ortodontici agli assistiti del S.S.N. residenti sul territorio della A.S.L. n. 4 di Terni. S.A.: A.S.L. n. 4 di Terni.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 18 settembre 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la T.D.C. Cons. contesta la procedura posta in essere dalla ASL 4 di Terni, finalizzata a selezionare laboratori odontotecnici per l'erogazione di protesi dentarie ed apparecchi ortodontici agli assistiti del S.S.N. residenti sul territorio della A.S.L. 4 di Terni, da effettuarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'istante lamenta che attraverso detta procedura non venga individuato un soggetto vincitore che provvederà alla fornitura; il bando prevede, infatti, che la stazione appaltante, all'esito della gara, sottoscriverà una convenzione con tutti i concorrenti che otterranno un punteggio pari o superiore a punti ottanta.

La T.D.C. Cons. rappresenta che all'esito della procedura risultano selezionati potenziali fornitori, rimanendo indefinito il soggetto che effettivamente provvederà alla fornitura il quale, secondo

quanto stabilito dallo schema di convenzione, verrà individuato dal medico specialista odontoiatra della A.S.L. sulla base di criteri non definiti e discrezionali, in elusione della normativa pubblicistica sugli appalti pubblici.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale la stazione appaltante non ha presentato memorie, ma ha preso parte all'audizione dell'8 novembre 2007, durante la quale ha sostenuto la legittimità del proprio operato e della scelta di aver adottato lo strumento della convenzione, che permette di ampliare la concorrenza. L'istante all'audizione ha ribadito quanto già esposto in atti.

Ritenuto in diritto

Il bando di specie riguarda, come recita il titolo del bando medesimo, la “*selezione di laboratori odontotecnici in convenzione per la fornitura di protesi dentarie ed apparecchi ortodontici agli assistiti*”. Dunque l'oggetto reale della procedura attivata dalla ASL di Terni, ancorché celato dal meccanismo della qualificazione dei laboratori, è rappresentato dalla fornitura di protesi dentarie e apparecchi ortodontici necessaria al fine di poter erogare, da parte dell'azienda sanitaria, del servizio pubblico odontoiatrico.

Detta procedura si ispira sostanzialmente alla normativa di cui all'art. 45 del D.Lgs. 163/2006, che prevede la creazione di elenchi ufficiali di prestatori di servizi o di fornitori, i quali possono presentare alla stazione appaltante, per ogni appalto, un certificato d'iscrizione indicante le referenze che hanno permesso la loro iscrizione e la relativa classificazione. Nel caso di specie, tuttavia, la selezione dei laboratori dà direttamente luogo alla stipulazione della convenzione e dunque alla titolarità di una posizione contrattuale, che non è prevista da alcuna norma del D.Lgs. 163/2006, il quale sempre contempla, con riferimento a soggetti che possano dirsi già qualificati (i fornitori già inclusi negli appositi elenchi, ovvero i titolari di attestazioni SOA nel caso di appalti di lavori), l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del soggetto al quale attribuire la commessa e dunque la relativa posizione contrattuale. In altre parole, nel sistema delineato dal Codice dei Contratti, come d'altra parte anche dalla normativa previgente, qualificazione non equivale mai *tout court* a titolarità del rapporto contrattuale, essendo sempre comunque richiesto, a tali fini, l'espletamento di una procedura selettiva successiva a quella di qualificazione.

Potrebbe porsi il dubbio se la citata procedura atipica posta in essere dalla ASL di Terni sia stata mutuata da disposizioni normative previste per fattispecie specifiche, comunque diverse e non applicabili alla fattispecie. Ci si riferisce alla disciplina speciale prevista per le prestazioni di assistenza protesica riabilitativa erogabili nell'ambito del SSN per soggetti affetti da menomazioni e disabilità invalidanti (prestazioni soggette al sistema di partecipazione al costo), dall'art. 26 L. 833/1978,

confermato dall'art. 2, comma 2, del D.Lgs. 124/1998, secondo cui le prestazioni sanitarie riabilitative sono erogate dalle ASL attraverso i propri servizi o, se non in grado, mediante convenzioni con istituti. Tale disciplina, tuttavia, come rilevato dal TAR Lazio (sentenza n. 2721/2005), con il D.Lgs. 229/1999 è transitata dal sistema della convenzione/accreditamento a quello della acquisizione attraverso gara pubblica. A fronte di ciò, il sistema dell'accreditamento/convenzione per l'acquisizione del bene "protesi dentarie ed apparecchi ortodontici" non risulta previsto da alcuna disposizione normativa, del resto non invocata, nel caso di specie, dalla ASL di Terni.

Di conseguenza, stante il carattere di normativa generale del Codice dei Contratti (alla cui applicazione sono tenute le Aziende USL, anche a seguito dell'abrogazione, intervenuta con l'art. 256 del D.Lgs. 163/2006, del regime speciale per gli acquisti sotto soglia di cui all'art. 3, comma 1 ter, del D.Lgs. 502/92), in mancanza di una disciplina speciale, derogatoria, e non abrogata dallo stesso Codice, la ASL che voglia acquisire beni e servizi deve comunque attenersi alle disposizioni ivi contenute. Pertanto, come già evidenziato, all'esito della selezione/qualificazione dei laboratori, deve necessariamente seguire una procedura ad evidenza pubblica, volta a selezionare il soggetto che fornirà concretamente i manufatti.

Al contrario, in violazione dell'evidenza pubblica, nella procedura atipica posta in essere dalla ASL di Terni, successivamente alla selezione dei laboratori odontotecnici ed alla stipula della relativa convenzione, è previsto dalle premesse dello schema di convenzione, che la scelta del laboratorio che fornirà concretamente i manufatti dovrà avvenire sulla base della prescrizione del medico specialista odontoiatra. L'individuazione del fornitore è rimessa, pertanto, all'assoluta discrezionalità del medico interno alla ASL che, oltre a non garantire alcuna concorrenzialità, si presta a favorire senza alcun limite - posto che non è neppure stabilito un criterio preferenziale, quale ad esempio il criterio di rotazione - lo stesso fornitore, in violazione della concorrenza, che risulta essere completamente elusa, del principio della *par condicio*, nonché della trasparenza dell'agire amministrativo.

Sebbene dunque, sia da apprezzare lo sforzo profuso dalla ASL di Terni di assicurare al territorio dei Comuni di Terni, Narni, Amelia e Orvieto una serie di laboratori odontotecnici, presso i quali venga erogata agli utenti del SSN la fornitura di protesi dentarie ed apparecchi ortodontici, tale finalità deve essere conciliata con il rispetto della normativa vigente sull'evidenza pubblica.

In ultimo, sotto altro profilo, si osserva come non possa ammettersi alcuna deroga all'applicabilità del Codice dei Contratti sulla base della circostanza per cui il pagamento delle protesi e dei manufatti ortodontici è a totale carico dell'utente, non rinvenendosi nello stesso Codice, discriminazioni in tal senso e considerato, in ogni caso, che la fornitura è finalizzata all'erogazione del servizio odontoiatrico da parte della ASL.

In base a quanto sopra considerato, nei limiti di cui in motivazione

Il Consiglio

- ritiene che la procedura posta in essere si ponga in violazione dei principi e delle norme sulla concorrenza, del principio della *par condicio*, nonché della trasparenza dell'agire amministrativo.

Il Consigliere Relatore

Piero Calandra

Il Presidente

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 gennaio 2008