

Mi si chiede di argomentare sulla possibilità che la stazione appaltante proceda in autotutela all'annullamento della gara, il cui inizio è previsto per il giorno 26.01.2017, della procedura aperta telematica in unione d'acquisto per la fornitura in service di sistemi per vitrectomia e facoemulsificazione per le strutture di oculistica delle AA SS delle Asl di Lecce, Brindisi, Bat, Foggia e Taranto, quest'ultima in qualità di capofila.

Ed eccoVi di seguito la mia opinione.

L'art. 21 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, riconosce alla P.A. l'autotutela, ovvero il potere di revocare per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, per il sopraggiungere di mutamenti della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, un proprio precedente provvedimento amministrativo (Cons. Stato Sez. III, 30-07-2013, n. 4026): la potestà di annullamento in autotutela degli atti amministrativi trova la sua giustificazione e fondamento nel principio costituzionale (art. 97 Cost.) di buon andamento ed imparzialità dell'azione della PA: in virtù di tale principio la PA deve adottare solamente atti che rispondono ai fini da conseguire.

Per giurisprudenza costante il rispetto del principio di buona amministrazione importa che l'annullamento d'ufficio non deriva, in via automatica, dalla semplice originaria illegittimità dell'atto, ma richiede per l'adozione del provvedimento di autotutela una congrua motivazione in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico alla reintegrazione dello stato di legalità, considerando, nel bilanciamento degli interessi contrapposti, anche il tempo eventualmente trascorso e le

posizioni giuridiche consolidatesi per effetto del provvedimento da annullare: anzi le superiori ragioni dell'interesse pubblico devono trovare espressa menzione nel provvedimento di autotutela attraverso una motivazione tanto più approfondita e stringente quanto più gli interessi privati sacrificati risultino consolidati per il decorso del tempo.

Fermo l'obbligo dell'amministrazione di fornire un'adeguata motivazione in ordine alla natura e alla gravità delle anomalie contenute nel bando o verificatesi nel corso delle operazioni di gara o, comunque, negli atti della fase procedimentale che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate dei partecipanti alla gara, giustificano il provvedimento di autotutela, il potere di autotutela è pacificamente riconosciuto anche con riferimento alle procedure ad evidenza pubblica: è stato ripetutamente ribadito, infatti, che rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara: soggetti ad autotutela, quindi, sono anche l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva, anche se per la prima non vi è obbligo di avviso di avvio del procedimento (Cons. Stato Sez. III, 05-10-2016, n. 4107).

Naturalmente le ragioni che portano al provvedimento di annullamento per autotutela sono profili attinenti al merito dell'azione amministrativa e di conseguenza insindacabili da parte del giudice, in assenza di palesi e manifesti indici di irragionevolezza (C.d.S., sez. V, 9 aprile 2010 , n.

1997).

Questi i principi che regolano la materia dell'esercizio dell'autotutela in materia di appalto.

Per la verità va anche ricordato che l'esercizio del potere di autotutela, anche se legittimo, espone la P.A. all'azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale: questa possibilità, in tema di appalto pubblico, si verificherà allorquando l'esercizio dell'autotutela ha inciso su di un affidamento ingenerato nella parte privata alla stipula del contratto di appalto e la condotta precedente alla revoca si palesi non rispettosa dei principi di buona fede e correttezza: ma questo aspetto, pur rilevante, non interessa il caso in esame. .

Vediamo ora se i principi che regolano il potere di autotutela, prima richiamati, possono essere applicati al caso che mi è stato sottoposto.

Dato di partenza è la considerazione che i due lotti per cui si gareggia hanno un prezzo a base d'asta di euro 6.883.100,00 (iva esclusa) per il primo lotto (facoemulsificatori) e di euro 12.808.250 (iva esclusa) per il secondo lotto (vitrectomia): i sistemi di vitrectomia e di facoemulsificazione, oggetto di fornitura dell'appalto, sono in Puglia commercializzati anche da micro, piccole e medie imprese, che secondo il Decreto Ministeriale 18 aprile 2005, GU 12.10.2005, che ha recepito la raccomandazione della Commissione Europea 2003/361/CE, sono quelle che hanno rispettivamente un fatturato medio annuale non superiore ad euro 2 milioni, ad euro 10 milioni e ad euro 50 milioni.

Dal confronto tra i fatturati generali annuali che individuano le micro e

piccole imprese con l'importo posto a base d'asta per i singoli lotti, appare che, salvo quanto dopo dirò a proposito dei requisiti economici - finanziari, per scelta della stazione appaltante, difficilmente una micro e piccola impresa che operi sul mercato regionale dei sistemi di vitrectomia e di facoemulsificazione, potrà partecipare alla gara di cui si discute.

La scelta operata dalla stazione appaltante appare, però, essere stata adottata in violazione di legge.

Dispone infatti l' art. 51 del d. lgs 50/2016, applicabile al caso di specie come riconosciuto dalla stessa stazione appaltante, nel disciplinare di gara (pag. 1, primo capoverso) *"...al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti ..."* ed ancora *"...Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. "*

Ed in effetti, dalla lettura delle pagine 4 e 5 del disciplinare di gara deduco, per quella che è la mia competenza in materia, non solo che sarebbe stato possibile per i sistemi di facoemulsificazione una suddivisione in lotti funzionali in considerazione del territorio di appartenenza delle singole aziende ospedaliere da servire, mentre per i sistemi di vitrectomia oltre che la suddivisione in lotti per territorio,

sarebbe stato possibile anche la formazione di lotti funzionali con riferimento ai diversi tipi di materiali di consumo, senza incorrere, ritengo, nel divieto di frazionamento fittizio dell'appalto.

Ritengo, quindi, che nel caso di specie, con la scelta fatta dall'amministrazione di non frazionare in più lotti il singolo sistema operativo, sia stato violato l'interesse pubblico ad avere il più alto numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza (d. lgs 50/16, art. 83 comma n. 2), con la conseguenza che la mancata formazione di lotti di minori valore ha creato il presupposto per la perdita per le micro e piccole imprese delle proprie qualificazioni, della propria professionalità, e delle potenzialità di reddito dall'attività di vendita dei sistemi di tecnica operativa oggetto dell'appalto.

Ma gli effetti negativi della scelta compiuta dalla stazione appaltante non si fermano qui.

Invero le strutture pubbliche destinatarie delle forniture oggetto d'appalto durante il quinquennio di validità del contratto faranno fronte almeno al 70% del fabbisogno regionale dei sistemi operativi, oggetto di appalto: la circostanza è confermata dal fatto che gli abitanti dell'area metropolitana di Bari (oggi 1.263 mila) sono meno del 30% di tutti gli abitanti della Puglia (oggi 4.077 mila) ed è riconosciuta nello stesso disciplinare di gara nel quale all'art. 3 (pag. 3, secondo capoverso) è scritto, riferendosi all' ammontare della fornitura "*Inoltre, trattasi di procedura finalizzata ad assicurare le necessità della quasi totalità delle aziende ed istituti sanitari della Regione Puglia ..*" Orbene l'assenza di

lotti funzionali di valori adeguati alla fatturazione delle micro e piccole imprese importerà l'affidamento di tale fornitura per un quinquennio ad una sola azienda, o al massimo a due aziende: quest'ineludibile evento avrà come aberrante conseguenza che l'appalto pubblico improntato ai principi di concorrenza, trasparenza, rotazione giustificherà e veicolerà, nel caso di specie, un'area di monopolio, o, quantomeno, creerà un'azienda con posizione dominante sul mercato territoriale dei beni oggetto di fornitura dell'appalto.

Se poi fosse vero che le caratteristiche tecniche sono state elaborate senza sentire tutti o la gran parte dei primari oculistici degli Ospedali delle cinque Asl interessate, ma sulla scorta di quelle che sono state indicate essere le esigenze tecniche del reparto oculistica degli ospedali Riunti di Foggia, anche questo sarebbe un motivo di illegittimità della gara.

Se è vero, infatti, che la scelta da parte dell'amministrazione delle specifiche tecniche dell'oggetto prestazionale è connotata da ampia discrezionalità, è anche vero che la stessa discrezionalità dev'essere sempre esercitata nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e, soprattutto, dev'essere adeguata alle finalità che s'intende perseguire con il contratto. Ora se la gara è destinata a soddisfare le esigenze dei presidi ospedalieri delle Asl in unione d'acquisto e, necessariamente, in base alle tecniche già pratica e condivise nelle suddette strutture per le stesse ragioni logiche, tecniche ed economiche, la scelta dell'Amministrazione deve tener conto di tali esigenze, specificando i dati tecnici richiesti che soddisfino quelle

esigenze : discostarsi da tale regola rende il bando irragionevole, arbitrario ed illegittimo, perchè obbligherebbe la struttura interessata ad utilizzare strumentazione non ritenuta rispondente alle sue specifiche esigenze: illegittimità questa che, di certo, non sarebbe sanata dall'eventuale esistenza nella *lex specialis*, nella parte in cui definisce le specifiche tecniche, della previsione per ciascuna di esse della clausola di equivalenza ovvero della integrazione normativa (art. 68 del vecchio codice dei contratti pubblici, ora art 23 d. lgs 50/2016) in applicazione del principio di eterointegrazione automatica delle norme imperative.

Quindi - con le riserve che rinvengono dalla mancanza di una piena conoscenza dei fatti - si può dire che nel caso di specie si può riscontrare :

- la violazione della normativa che tutela ed incentiva la partecipazione delle micro e piccole imprese all'appalto pubblico mediante la suddivisione dell'appalto in lotti, in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle micro e piccole imprese;
- la lesione dell'interesse della stazione appaltante ad impedire che si crei una situazione di inadeguatezza dell'appalto a soddisfare le esigenze delle strutture di oculistica destinatarie delle forniture;
- la lesione dell'interesse pubblico ad impedire la creazione di un monopolio territoriale nel campo dei sistemi operativi oggetto dell'appalto;
- l'assenza di un interesse privato consolidato alla conservazione del bando pari o superiore all'interesse pubblico.

Queste circostanze, nella loro concorrente operatività, consentirebbero di dire che, nel caso in esame, si è di fronte ad una gara illegittima per cui

sarebbe possibile la revoca del bando CIG n. 6539533 nell'esercizio dell'autotutela; le stesse circostanze, però, a mio parere, allo stato degli atti, non consentono di poter affrontare un giudizio di annullamento degli atti di gara con un sufficiente grado di certezza dell'esito positivo finale: invero - a parte il discorso sulla tempestività dell' eventuale ricorso giurisdizionale, tutta da verificare - i ridotti requisiti economici - finanziari richiesti per partecipare alla gara (fatturato specifico relativo all'ultimo triennio pari ad un quinto dell'intero valore a base d'asta, in pratica, un fatturato specifico triennale di euro 1.376.620,00, pari ad un fatturato medio annuo di euro 458.873,34 per il sistema di facoemulsificazione e di euro 2.561.650,00 per il sistema di vitrectomia, pari ad un fatturato medio annuo specifico di euro 853.883,34) possono portare a dire che sostanzialmente è assicurata anche la partecipazione alla gara delle piccole e finanche delle micro imprese; allo stato, poi, non v'è prova della circostanza che i dati tecnici richiesti dalla stazione appaltante siano stati individuati su indicazione del solo reparto di oculistica degli Ospedali Riuniti di Foggia, nè tantomeno che le caratteristiche tecniche richieste dall'appalto non soddisfino le esigenze di tutti gli altri reparti cui sono destinate le forniture oggetto d'appalto. Del resto, non va dimenticato, che spesso la suddivisione in lotti è stata intesa come facoltà discrezionale della P.A. (Cons. St., sez. VI, n. .1081 del 2016, e n. 2682 del 2015) non suscettibile di essere censurata in base a criteri di mera opportunità.

Questo è quanto pro veritate posso riferire in relazione alla tematica che

mi è stata sottoposta con nota email del giorno 13.01.2017.

Pertanto, nel dichiararmi, a vs completa disposizione per eventuali richieste di chiarimenti, distintamente saluto.

Santeramo in Colle 17.01.2017

avvocato Nocco Giuseppe O. B.