

Torino lì 3 maggio 2018

Spettabile
AZIENDA ZERO
U.O.C. CRAV

Solo via PEC: protocollo.azero@pecveneto.it

Oggetto: Per U.O.C. CRAV – Osservazioni gara Ossigeno e Ventiloterapia domiciliare

Spettabile Ufficio,

in qualità di Operatore Economico interessato alla consultazione per la *Gara regionale per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare per i fabbisogni delle Aziende Sanitarie del Veneto*, formuliamo le seguenti osservazioni.

In primo luogo, rileviamo che sono state pubblicate due bozze di Capitolato Tecnico, una relativa ai pazienti **adulti** e l'altra relativa ai pazienti **pediatrici**.

Solo nel testo relativo ai pazienti adulti è riportata la suddivisione della fornitura in **6 lotti territoriali aggiudicabili separatamente** (1. Area Belluno; 2. Area Treviso; 3 Area Venezia-Rovigo; 4. Area Padova; 5. Area Vicenza; 6. Area Verona).

Ciascuno di tali 6 lotti territoriali – che si presume verranno applicati anche alla fornitura di dispositivi ad uso pediatrico – include sia la **fornitura di dispositivi per il servizio di Ossigenoterapia, che quella per il servizio di Ventiloterapia**, come precisato all'art. 1 di entrambi i Capitolati.

Come noto, i servizi di Ossigenoterapia e di Ventiloterapia sono profondamente differenti: la Ventiloterapia Meccanica aiuta il paziente nella respirazione attraverso un ventilatore, che sostituisce o coadiuva il funzionamento dei muscoli preposti alla respirazione, mentre l'Ossigenoterapia supporta patologie dell'apparato respiratorio attraverso la **somministrazione di ossigeno** ai pazienti affetti da insufficienza respiratoria cronica.

Con l'Ossigenoterapia si fornisce ai pazienti **ossigeno liquido terapeutico - che è un farmaco** - la cui distribuzione ed immissione in commercio da parte degli Operatori Economici deve essere espressamente e previamente autorizzata dall'AIFA (Agenzia Italiana del Farmaco) ai sensi del D.lgs. 219/2006, o mediante autorizzazione comunitaria a norma del Regolamento CE n. 726/04 (Direttiva 2001/83/CE).

La nostra Società, pur interessata alla partecipazione alla procedura di gara per la quale è stata indetta la consultazione, si troverebbe nella concreta impossibilità di presentare offerta a causa della composizione disomogenea dei sei lotti posti in gara.

Come sopra detto, la procedura è infatti suddivisa in sei lotti **territoriali**, ciascuno avente ad oggetto **dispositivi per Ossigenoterapia e Ventiloterapia insieme.**

Sul punto si richiama l'art. 51 del D.Lgs. 50/2016, a norma del quale *“(...) al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in **lotti funzionali** di cui all'art. 3 comma 2, lettera qq), ovvero in **lotti prestazionali** di cui all'art. 3, comma 1, lettera gggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture”*.

Benché la scelta della suddivisione in lotti rientri nell'esercizio della discrezionalità della Stazione Appaltante, essa viene posta dal legislatore al centro degli interventi diretti a favorire l'accesso alle commesse pubbliche delle piccole e medie imprese e l'esercizio concreto di tale potere-dovere *“deve essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti nella procedura di affidamento degli appalti pubblici e non deve determinare una sostanziale violazione dei principi di libera concorrenza, par condicio e non discriminazione”* (così Consiglio di Stato, Sent. 1101/2008 e recentemente Consiglio di Stato, Sent. 1038/2017).

Sul punto, il Considerando n. 78 della Direttiva 2014/24/UE sottolinea che *“è opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI (...). A tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità della PMI o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI, o in conformità alle diverse fasi successive del progetto”*.

Inoltre, con il Comunicato del Presidente del 14/09/2016, l'ANAC ha evidenziato che *“il rispetto dei principi di concorrenza e non discriminazione impone l'adozione di accorgimenti che consentano, in ogni caso, la massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento. Ciò anche nel caso in cui sia previsto lo svolgimento contestuale di una molteplicità di prestazioni, oppure la medesima prestazione debba essere eseguita con modalità differenziate per adeguarla ai bisogni di diverse tipologie di utenti finali (es. assistenza domiciliare rivolta ad anziani, disabili, malati terminali)”*.

L'ANAC, con i Pareri di Precontenzioso n. 207/2015 e 32/2014 ha anche chiarito che risulta illegittima ed ingiustamente limitativa della concorrenza una suddivisione in lotti che combini servizi *disomogenei* tra loro. Ciò è stato sottolineato anche dalla giurisprudenza, che sul tema della divisione dell'appalto in lotti contenenti **prodotti omogenei tra loro**, ha precisato che *“è illegittima la decisione di accorpare in un unico lotto la fornitura di un bene con stringenti caratteristiche tecnico-funzionali e di prodotti aventi tutt'altre caratteristiche, rispetto ai quali esiste una più ampia offerta sul mercato”* (T.A.R. Lombardia Sent. 906/2017).

Pur comprendendo le esigenze di copertura territoriale del Vostro Spettabile Ente, **si chiede che la gara – e quindi i due Capitolati adulti/pediatrici pubblicati in bozza – venga strutturata in modo da consentire la presentazione di offerte indipendenti e**

autonome per le diverse prestazioni di Ventiloterapia e di Ossigenoterapia, da aggiudicarsi separatamente mediante lotti divisi per Ventiloterapia e per Ossigenoterapia, in applicazione delle regole di formulazione dei lotti secondo criteri funzionali o prestazionali come previsto dall'art. 51 D.Lgs. 50/2016 sopra richiamato, nonché del principio fondamentale di effettiva apertura delle procedure ad evidenza pubblica alle piccole e medie imprese, prescritto dagli artt. 30 comma 7 (criteri di partecipazione tali da non escludere le PMI), 83 comma 2 (*favor* all'accesso delle PMI) e 95 (effettività della partecipazione delle PMI alle procedure) del D.Lgs. 50/2016.

In questo modo, si ritiene che il Vostro Spettabile Ente, oltre a garantire il rispetto delle norme sopra citate, potrebbe trarre vantaggio dalla presenza di un numero maggiore di offerenti alla procedura e si porrebbe al riparo dalla antieconomicità intrinseca relativa alla aggregazione negli stessi lotti di apparecchi molto diversi tra loro (Ossigenoterapia, Ventiloterapia, CPAP).

Auspiciando nell'accoglimento di questa istanza, porgiamo i più distinti saluti.

Respiraire S.r.l.