



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 8068 del 2012, proposto da Medtronic Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Fidanza, elettivamente domiciliata presso lo studio Grez e associati s.r.l., in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 8;

*contro*

l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede in Roma, via dei Portoghesi n. 12, è domiciliata ex lege;  
Pazienda unità sanitaria locale Roma E, in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio;

*e con l'intervento di*

Assobiomedica, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenzo Cannizzaro, Francesco Tassone e Marco Iannacci,

elettivamente domiciliata presso lo studio degli avvocati Cannizzaro e Iannacci in Roma, via Depretis n. 86;

*per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione*

dell'elenco dei prezzi di riferimento in ambito sanitario, limitatamente alla categoria dei dispositivi medici, pubblicato al sito web dell'A.V.C.P. a partire dal 1° luglio 2012 e di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e /o consequenziale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture e di Osservatorio dei Contratti Pubblici Relativi A Lavori, Servizi e Forniture - Sez. Centrale;

Visto l'atto di intervento di Assobiomedica;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2013 il dott. Davide Soricelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso all'esame la società ricorrente impugna, limitatamente alla parte relativa ai "dispositivi medici", l'elenco dei prezzi di riferimento di dispositivi medici, farmaci per uso sanitario, servizi sanitari e non sanitari pubblicato al sito web dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

L'elenco, che s'inserisce nell'ambito delle misure di razionalizzazione della spesa sanitaria adottate nell'ambito della cd. "spending review", è stato predisposto in base a una complessa disciplina, più volte modificata in un ristretto arco temporale, che è opportuno riportare.

2. La redazione dell'elenco è stata originariamente prevista dall'articolo 17, comma 1, lettera a) d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111 secondo cui: *“al fine di garantire il rispetto degli obblighi comunitari e la realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, il livello del finanziamento del Servizio sanitario nazionale a cui concorre lo Stato per il 2013 è incrementato dello 0,5% rispetto al livello vigente per il 2012 ed è ulteriormente incrementato dell'1,4% per il 2014. Conseguentemente, con specifica Intesa fra lo Stato e le regioni, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, da stipulare entro il 30 aprile 2012, sono indicate le modalità per il raggiungimento dell'obiettivo di cui al primo periodo del presente comma. Qualora la predetta Intesa non sia raggiunta entro il predetto termine, al fine di assicurare per gli anni 2013 e 2014 che le regioni rispettino l'equilibrio di bilancio sanitario, sono introdotte ... le seguenti disposizioni negli altri ambiti di spesa sanitaria: a) nelle more del perfezionamento delle attività concernenti la determinazione annuale di costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura da parte dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'articolo 7 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e anche al fine di potenziare le attività delle Centrali regionali per gli acquisti, il citato Osservatorio, a partire dal 1° luglio 2012, attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, fornisce alle regioni un'elaborazione dei prezzi di riferimento, ivi compresi quelli eventualmente previsti dalle convenzioni Consip, anche ai sensi di quanto disposto all'articolo 11, alle condizioni di maggiore efficienza dei beni, ivi compresi i dispositivi medici ed i farmaci per uso ospedaliero, delle prestazioni e dei servizi sanitari e non sanitari individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 giugno 1993, n. 266, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico del Servizio sanitario nazionale. Ciò, al fine di mettere a disposizione delle regioni ulteriori strumenti operativi di controllo e razionalizzazione della spesa. Le regioni adottano tutte le misure necessarie a garantire il conseguimento degli obiettivi di risparmio programmati, intervenendo anche sul livello di spesa per gli acquisti delle prestazioni sanitarie presso gli operatori privati accreditati”*.

Come si vede, la redazione e pubblicazione dell'elenco dei prezzi di riferimento era prevista nell'ipotesi in cui non fosse raggiunta nel termine del 30 aprile 2012 l'intesa tra lo Stato e le Regioni prevista dal primo comma dell'articolo e la finalità dell'elenco era quella di fornire alle regioni uno strumento operativo di controllo e razionalizzazione della spesa sanitaria.

3. Questa disciplina è rimasta in vigore sino al 5 luglio 2012, cioè sino all'entrata in vigore del d.l. 6 luglio 2012, n. 95.

Il 6 luglio 2012 infatti entrava in vigore la normativa dell'articolo 15, comma 13 lettera b) del citato d.l. n. 95 che all'originario testo dell'articolo 17, comma 1, lettera a) aggiungeva i seguenti periodi (quarto e quinto): *“qualora sulla base dell'attività di rilevazione di cui al presente comma, nonché sulla base delle analisi effettuate dalle Centrali regionali per gli acquisti anche grazie a strumenti di rilevazione dei prezzi unitari corrisposti dalle Aziende Sanitarie per gli acquisti di beni e servizi, emergano differenze significative dei prezzi unitari, le Aziende Sanitarie sono tenute a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti che abbia l'effetto di ricondurre i prezzi unitari di fornitura ai prezzi di riferimento come sopra individuati, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto. In caso di mancato accordo, entro il termine di 30 giorni dalla trasmissione della proposta, in ordine ai prezzi come sopra proposti, le Aziende sanitarie hanno il diritto di recedere dal contratto senza alcun onere a carico delle stesse, e ciò in deroga all'articolo 1671 del codice civile. Ai fini della presente lettera per differenze significative dei prezzi si intendono differenze superiori al 20 per cento rispetto al prezzo di riferimento”*.

In sostanza l'elenco dei prezzi di riferimento cessava di costituire uno “strumento operativo” a disposizione delle regioni per il contenimento e la razionalizzazione della spesa sanitaria ed era sostanzialmente trasformato in un elenco di prezzi fissati d'imperio, dato che erano introdotti nel caso di “differenze significative” (cioè di oltre il 20%) l'obbligo dell'amministrazione di procedere a rinegoziazione

del contratto e, in caso di mancato accordo con il fornitore, la facoltà di recesso senza oneri a suo carico.

In sede di conversione del d.l. n. 95 del 2012 ad opera della legge 7 agosto 2012, n. 135 il testo delle disposizioni all'esame era modificato ma ne restava confermato l'impianto generale.

Questa disciplina restava in vigore dal 15 agosto al 14 settembre 2012, data di entrata in vigore del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189.

Per quanto interessa va segnalato che la legge di conversione del decreto introduceva una nozione di prezzo di riferimento alle condizioni di maggiore efficienza qualificandolo come *“il 5° percentile, ovvero il 10° percentile, ovvero il 20° percentile, ovvero il 25° percentile dei prezzi rilevati per ciascun bene o servizio oggetto di analisi sulla base della significatività statistica e della eterogeneità dei beni e dei servizi riscontrati”* dall'Osservatorio e aggiungendo che *“il percentile è tanto più piccolo quanto maggiore risulta essere l'omogeneità del bene o del servizio. Il prezzo è rilasciato in presenza di almeno tre rilevazioni”*.

Quest'ultima versione della disposizione restava però in vigore per un periodo di tempo limitato in quanto l'articolo 17, comma 1, lettera a) del d.l. n. 98 del 2011 era nuovamente modificato dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228; il testo vigente dal 1° gennaio 2013 (che si riporta per intero) è quindi il seguente: *“nelle more del perfezionamento delle attività concernenti la determinazione annuale di costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura da parte dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'articolo 7 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e anche al fine di potenziare le attività delle Centrali regionali per gli acquisti, il citato Osservatorio, a partire dal 1° luglio 2012, attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 62-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, fornisce alle regioni un'elaborazione dei prezzi di riferimento, ivi compresi quelli eventualmente previsti dalle convenzioni Consip, anche ai sensi di*

quanto disposto all'articolo 11, alle condizioni di maggiore efficienza dei beni, ivi compresi i dispositivi medici ed i farmaci per uso ospedaliero, delle prestazioni e dei servizi sanitari e non sanitari individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 giugno 1993, n. 266, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico del Servizio sanitario nazionale, nonché la pubblicazione sul sito web dei prezzi unitari corrisposti dalle aziende sanitarie locali per gli acquisti di beni e servizi. Per prezzo di riferimento alle condizioni di maggiore efficienza si intende il 5° percentile, ovvero il 10° percentile, ovvero il 20° percentile, ovvero il 25° percentile dei prezzi rilevati per ciascun bene o servizio oggetto di analisi sulla base della significatività statistica e della eterogeneità dei beni e dei servizi riscontrate dal predetto Osservatorio. Il percentile è tanto più piccolo quanto maggiore risulta essere l'omogeneità del bene o del servizio. Il prezzo è rilasciato in presenza di almeno tre rilevazioni. Ciò, al fine di mettere a disposizione delle regioni ulteriori strumenti operativi di controllo e razionalizzazione della spesa. Le regioni adottano tutte le misure necessarie a garantire il conseguimento degli obiettivi di risparmio programmati, intervenendo anche sul livello di spesa per gli acquisti delle prestazioni sanitarie presso gli operatori privati accreditati. Qualora sulla base dell'attività di rilevazione di cui al presente comma, nonché, in sua assenza, sulla base delle analisi effettuate dalle Centrali regionali per gli acquisti anche grazie a strumenti di rilevazione dei prezzi unitari corrisposti dalle Aziende Sanitarie per gli acquisti di beni e servizi, emergano differenze significative dei prezzi unitari, le Aziende Sanitarie sono tenute a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti che abbia l'effetto di ricondurre i prezzi unitari di fornitura ai prezzi di riferimento come sopra individuati, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto. In caso di mancato accordo, entro il termine di 30 giorni dalla trasmissione della proposta, in ordine ai prezzi come sopra proposti, le Aziende sanitarie hanno il diritto di recedere dal contratto senza alcun onere a carico delle stesse, e ciò in deroga all'articolo 1671 del codice civile. Ai fini della presente lettera per differenze significative dei prezzi si intendono differenze superiori al 20 per cento rispetto al prezzo di riferimento. Sulla base dei risultati della prima applicazione della presente disposizione, a decorrere dal 1° gennaio 2013 la individuazione dei dispositivi

*medici per le finalità della presente disposizione è effettuata dalla medesima Agenzia di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 giugno 1993, n. 266, sulla base di criteri fissati con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, relativamente a parametri di qualità, di standard tecnologico, di sicurezza e di efficacia. Nelle more della predetta individuazione resta ferma l'individuazione di dispositivi medici eventualmente già operata da parte della citata Agenzia. Le aziende sanitarie che abbiano proceduto alla rescissione del contratto, nelle more dell'espletamento delle gare indette in sede centralizzata o aziendale, possono, al fine di assicurare comunque la disponibilità dei beni e servizi indispensabili per garantire l'attività gestionale e assistenziale, stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro, anche di altre regioni, o tramite affidamento diretto a condizioni più convenienti in ampliamento di contratto stipulato da altre aziende sanitarie mediante gare di appalto o forniture”.*

Come si vede, quindi, a partire dalla legge di conversione del d.l. n. 128 del 2012 (e quindi dalla data del 11 novembre 2012) la legge, oltre a definire la nozione di differenza significativa che costituisce il presupposto della rinegoziazione, ha anche individuato un criterio per l'identificazione del prezzo di riferimento prevedendone la fissazione al 5° percentile, ovvero al 10° percentile, ovvero al 20° percentile, ovvero al 25° percentile dei prezzi rilevati per ciascun bene o servizio oggetto di analisi sulla base della significatività statistica e della eterogeneità dei beni e dei servizi riscontrate dall'Osservatorio, con la precisazione che il percentile è tanto più piccolo (o meglio basso) quanto maggiore risulta essere l'omogeneità del bene o del servizio e che il prezzo è rilasciato in presenza di almeno tre rilevazioni.

4. Con il ricorso all'esame, integrato con memoria notificata da valere anche come motivi aggiunti, la ricorrente denuncia che l'elenco è viziato da eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione sotto vari profili oltre a contestare sotto vari profili (di diritto interno e comunitario) la legittimità del meccanismo di rinegoziazione dei contratti.

5. L'AVCP resiste al ricorso. E' intervenuta in giudizio ad adiuvandum l'Assobiomedica.

6. Con ordinanza n. 4245 del 23 novembre 2012 la sezione ha accolto l'istanza di tutela cautelare e fissato l'udienza pubblica di discussione del ricorso.

## DIRITTO

1. Il ricorso è in parte fondato.

2. E' opportuno sintetizzare le censure proposte dalla ricorrente.

2.1. Questa anzitutto denuncia l'illegittimità costituzionale della normativa dell'articolo 17, co. 1, lettera a), primo, secondo e terzo periodo, del d.l. n. 98 del 2011 più volte citato.

Nel presupposto che la normativa in questione introduca una sorta di "prezzo medio imposto" viene anzitutto sostenuto che le disposizioni censurate contrasterebbero con il principio della libertà dell'iniziativa economica privata fissato dall'articolo 41 C. e con il principio di ragionevolezza ex articolo 3 C.; infine viene denunciato anche il contrasto con l'articolo 53 C..

2.2. In secondo luogo la ricorrente denuncia che la normativa in questione andrebbe disapplicata in quanto essa si pone in contrasto con il diritto comunitario e in particolare con il principio di concorrenza e con le disposizioni della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE che prevedono che nelle gare pubbliche il prezzo sia annoverato tra i criteri di aggiudicazione della commessa con la conseguenza che esso non potrebbe essere fissato d'imperio se non al costo di fargli perdere rilevanza sia nelle gare da aggiudicare al prezzo più basso che in quelle da aggiudicare con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2.3. In via subordinata la ricorrente denuncia l'eccesso di potere per difetto di istruttoria sotto vari profili.

3. I primi due motivi sono inammissibili.



Al riguardo va osservato che le disposizioni dell'articolo 17, comma 1, lettera a) citate prevedono da un lato la rilevazione e pubblicazione dei prezzi di riferimento e dall'altro introducono il meccanismo di rinegoziazione dei contratti il cui corrispettivo risulti superiori di oltre il 20% rispetto al prezzo di riferimento (del farmaco o dispositivo medico o servizio che di volta in volta venga in rilievo); questa netta distinzione è confermata dal rilievo che nella "originaria versione" (cioè nel testo vigente sino alla data del 5 luglio 2012) le disposizioni prevedevano solo l'elenco – cui attribuivano una funzione di strumento di controllo e razionalizzazione della spesa – mentre il meccanismo di rinegoziazione è stato introdotto dal d.l. n. 95 del 2012 che al testo originario ha aggiunto alcuni periodi (poi ulteriormente modificati).

Ad avviso del Collegio l'elenco costituisce un vero e proprio provvedimento amministrativo, come tale impugnabile innanzi al giudice amministrativo; esso, infatti, opera come una sorta di provvedimento-prezzi, dato che, per effetto delle disposizioni citate, il ricorrere di uno scostamento di oltre il 20% dal prezzo di riferimento costituisce presupposto per la rinegoziazione e, nel caso in cui questa fallisca, per il recesso dell'amministrazione.

Il meccanismo di rinegoziazione, invece, riferendosi al contratto già perfezionato e atteggiandosi a vicenda modificativa o estintiva di esso (secondo che la rinegoziazione abbia esito positivo ovvero l'amministrazione receda dal contratto) esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo per rientrare in quella del giudice ordinario, cosicchè le censure relative alla incostituzionalità (primo motivo) o alla incompatibilità del medesimo con il diritto comunitario (secondo motivo) sono inammissibili perché non investono la questione della legittimità dell'elenco che della rinegoziazione costituisce un presupposto. Si tratta di una conclusione che gli scritti difensivi delle parti (in particolare la memoria da ultimo depositata da Assobiomedica) non sono idonei a smentire dato che le disposizioni del codice del

processo amministrativo sono chiare: a) nel limitare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di affidamenti pubblici di contratti alle procedure di scelta del contraente con la sola salvezza della dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione (articolo 132, lettera e) n. 1; b) nell'includere nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le sole ulteriori categorie di controversie previste dall'articolo 132, lettera e) n. 2, a nessuna delle quali è riconducibile quella all'esame.

4. Restano quindi da esaminare le censure con cui la ricorrente contesta sotto vari profili completezza ed adeguatezza dell'attività istruttoria che ha condotto l'Osservatorio all'elaborazione dell'elenco.

5.1. La ricorrente anzitutto contesta che l'Autorità avesse il potere di stabilire il prezzo di riferimento; la tesi esposta in ricorso è che l'articolo 17 ha previsto l'individuazione dei prezzi di riferimento ma nulla ha specificato in ordine alle modalità di individuazione (ovviamente la censura non considera le successive "versioni" della disposizione che su questo punto è stata integrata dal legislatore, come sopra si è visto); si tratterebbe di un "vuoto normativo-regolamentare" che l'Autorità non avrebbe potuto autonomamente colmare, dovendo essa limitarsi alla fase istruttoria.

5.2. In via subordinata la ricorrente contesta la metodologia di raccolta dei dati impiegata. Viene anzitutto evidenziato che, benché nel comunicato dell'Autorità si affermi che la base dati sarebbe costituita da contratti stipulati a partire dal 2010, risulta invece che sarebbero stati considerati anche contratti stipulati in epoca anteriore (si veda la pagina 7 del documento depositato da Assobiomedica; cfr. allegato 7 della produzione di quest'ultima); si censura quindi che: a) il prezzo di riferimento si basi spesso, come ammesso dalla stessa amministrazione, su un limitato numero di rilevazioni con conseguente scarsa rappresentatività del campione; b) la fissazione del prezzo di riferimento al decimo percentile (ovvero

alla media tra il decimo e il venticinquesimo percentile nel caso di un numero di rilevazioni compreso tra 5 e 10), perché, in presenza di un limitato numero di rilevazioni, esso comporta che il prezzo di riferimento sia sostanzialmente determinato dai primi due o tre prezzi più bassi; c) sia stata utilizzata la CND (classificazione nazionale dei dispositivi medici) in quanto essa individua classi di prodotti eccessivamente ampie che ricomprendono al loro interno prodotti sostanzialmente e funzionalmente diversi e come tali aventi caratteristiche qualitative e prezzi che possono significativamente divergere; ciò implica che il prezzo di riferimento non sia omogeneo e confrontabile rispetto ai singoli e concreti dispositivi; a ciò poi si aggiunge che la rilevazione non considera elementi dei contratti in grado di influire sul prezzo (in particolare la fornitura o meno di servizi e/o forniture associati e accessori, le quantità, le modalità di pagamento del corrispettivi e la durata).

6. Le argomentazioni della ricorrente sono in parte fondate.

Il Collegio non condivide l'assunto secondo cui l'Autorità non avrebbe avuto il potere di determinare il prezzo di riferimento in difetto di criteri fissati dalla norma legislativa di riferimento. Deve al contrario ritenersi che, demandando le norme all'Osservatorio il compito di redigere l'elenco dei prezzi di riferimento, tale compito comprendesse non solo l'istruttoria (cioè l'acquisizione della base dati) ma anche e necessariamente il potere di fissare la misura dei prezzi sulla base della rilevazione eseguita. In mancanza la norma sarebbe risultata inapplicabile.

Sono invece condivisibili in larga misura le censure di difetto d'istruttoria.

La circostanza che nella base dati siano confluiti anche prezzi relativi a forniture anteriori al 2010 non concreta un vizio dato che la normativa non recava limitazioni al riguardo.

Sono però condivisibili le critiche della ricorrente in ordine all'impiego della CND: posto che in base alla normativa via via modificata il prezzo di riferimento

elaborato dall'Osservatorio opera come un vero e proprio prezzo d'imperio, esso non poteva essere elaborato in relazione a categorie generali di dispositivi medici pena la sua non significatività o non riferibilità (o meglio confrontabilità) con i concreti oggetti delle singole forniture. Si tratta di un difetto che la stessa Autorità ha ammesso dato che il suo comunicato, nel riconoscere la variabilità dei prezzi rilevati in relazione a alcuni dispositivi medici, l'attribuisce tra l'altro a fattori qualitativi e a "ulteriori specifiche tecniche"; tuttavia, se il prezzo di riferimento cessa di costituire uno strumento operativo di controllo e razionalizzazione della spesa per le regioni per essere trasformato sostanzialmente in un prezzo imposto, esso non può essere determinato in relazione a categorie generali o astratte di dispositivi e in modo sostanzialmente avulso dalle caratteristiche dei contratti (si pensi solo ai profili della durata del contratto, dei volumi e del più o meno ampio contenuto della fornitura, specie sotto il profilo della eventuale prestazione di servizi accessori, che evidentemente non può non influire sui calcoli di convenienza del concorrente); in altri termini un prezzo di riferimento che si impone alla parte privata (che, ove non l'accetti, deve subire il recesso dell'amministrazione) presuppone anzitutto che esso sia riferibile a dispositivi effettivamente confrontabili per caratteristiche qualitative e funzionali con quelli oggetto dei singoli concreti contratti; presuppone altresì che si tenga conto delle caratteristiche di questi ultimi che possono maggiormente influire sul prezzo; sul punto appaiono condivisibili le censure della ricorrente in ordine alla necessità che si dia rilievo almeno all'oggetto complessivo della fornitura, alla sua durata e alla prestazione di accessori e di servizi connessi.

Questo aspetto si collega anche alla questione della legittimità della scelta dell'Autorità di fissare il prezzo di riferimento al decimo percentile ovvero alla media tra il decimo e il venticinquesimo percentile nel caso di "scarsa numerosità" delle osservazioni; questa scelta – che ha anche avuto una copertura ex post da

parte del legislatore – non appare di per sè illegittima; da un lato essa risponde a quella che è l'incontestabile ratio delle disposizioni sulla cd. spending review (cioè la riduzione della spesa attraverso l'eliminazione di sprechi e inefficienze) e, dall'altro, nella misura in cui il prezzo di riferimento corrisponda a contratti effettivamente conclusi e quindi a prezzi effettivamente praticati relativamente al singolo e specifico dispositivo (evidentemente a condizioni remunerative per il fornitore ma meno onerose per la parte pubblica) non è irragionevole; anzi la fissazione al decimo percentile implicherebbe persino l'esistenza di contratti conclusi a prezzi inferiori a quello di riferimento. Tuttavia è chiaro che ciò presuppone che il prezzo di riferimento fissato sia concretamente confrontabile con quello oggetto del contratto e che si basi su un congruo numero di rilevazioni (come del resto ha riconosciuto a posteriori la normativa che ha ammesso anche la possibilità di fissare il prezzo di riferimento al quinto percentile ma sulla base della significatività statistica e della eterogeneità dei beni nel senso che ovviamente il prezzo di riferimento potrà essere fissato a livello progressivamente più basso quanto maggiori siano il numero delle rilevazioni, la loro significatività statistica e l'omogeneità dei beni e servizi oggetto di rilevazione).

Il ricorso deve quindi essere in parte accolto e l'elenco impugnato limitatamente ai dispositivi medici e nei limiti dell'interesse della ricorrente. Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sezione III, definitivamente pronunciandosi sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei limiti indicati in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere

Davide Soricelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/05/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)