

CONSIGLIO DI STATO - Sezione III - sentenza n. 5251 del 14 novembre 2017

IL DIRITTO ALLA SALUTE È FINANZIARIAMENTE CONDIZIONATO

Secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, il diritto alla salute è finanziariamente condizionato: la Corte ha, infatti, delineato una soluzione intermedia di tale diritto, affermando che la necessaria discrezionalità del legislatore nel dare attuazione ai principi e ai diritti fondamentali deve necessariamente incontrare comunque il noto limite della "riserva del ragionevole e del possibile".

Il diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost., non comporta l'obbligo per il SSR di fornire tutti i prodotti esistenti sul mercato per la cura di una determinata patologia: ciò che l'ordinamento garantisce è che la prescrizione sia funzionale alla necessità terapeutica, ma senza che il sistema sanitario sia gravato da oneri aggiuntivi conseguenti alle dinamiche del mercato.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1768 del 2017, proposto dalle seguenti Associazioni:

- *OMISSIS* -, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica;

nonché da – *OMISSIS* -, - *OMISSIS* -, - *OMISSIS* -, - *OMISSIS* -, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Margherita Zezza, Giuseppe Ruta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Michele Rosario Luca Lioi in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 32;

contro

Regione Lombardia, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

A. S.p.A. - Agenzia Regionale Centrale Acquisti, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Lucia Tamborino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gabriele Pirocchi in Roma, Piazzale delle Belle Arti, n. 2;

nei confronti di

Agenzia di Tutela della Salute - ATS Città Metropolitana di Milano, Agenzia di Tutela della Salute - ATS Brianza, Agenzia di Tutela della Salute - ATS Insubria, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del TAR per la Lombardia, sede di Milano, - *OMISSIS* -, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A. S.p.A. - Agenzia Regionale Centrale Acquisti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 settembre 2017 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Margherita Zezza e Maria Lucia Tamborino;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. I ricorrenti in primo grado sono pazienti – *OMISSIS* - e associazioni che hanno come scopo statutario la tutela dei diritti ed interessi delle persone affette da – *OMISSIS* -.

Tale malattia, comunemente definita – *OMISSIS* -, è una patologia cronica metabolica che ha come manifestazione principale l'aumento – *OMISSIS* -che può dipendere da un deficit assoluto di – *OMISSIS* -da parte del – *OMISSIS* - (- *OMISSIS* - - *OMISSIS* -) o da un deficit parziale di – *OMISSIS* -, che in genere progredisce nel tempo, di cui statisticamente è maggiormente affetta la popolazione più anziana.

Nella Regione Lombardia il – *OMISSIS* - ha una notevole incidenza, essendo stimata la presenza di circa 550.000 persone affette da tale malattia, delle quali solo l'8% risulta colpita dal – *OMISSIS* - - *OMISSIS* -, mentre circa l'90% è affetta dal – *OMISSIS* - - *OMISSIS* -.

Tenuto conto della gravità ed incidenza di tale malattia, la legge- *OMISSIS* - ha qualificato il – *OMISSIS* - come avente "alto interesse sociale".

Si occupano della prevenzione di tale malattia i Piani sanitari nazionali e regionali.

Il Piano sanitario nazionale del – *OMISSIS* - indica come fondamentale per l'assistenza delle persone affette da tale malattia e per evitare le sue gravi complicanze, un sistema di cura con percorsi diagnostici terapeutici assistenziali (- *OMISSIS* -) personalizzati e differenziati, che puntino anche all'educazione della persona malata ad una autogestione consapevole della malattia e del percorso di cura.

Nell'ambito dell'autogestione della patologia, rientrano l'autocontrollo della – *OMISSIS* -e la somministrazione -*OMISSIS*-attraverso i relativi dispositivi (- *OMISSIS* -) che, essendo presidi terapeutici, sono forniti gratuitamente ai – *OMISSIS* -.

Nella regione Lombardia, l'approvvigionamento e la distribuzione dei dispositivi per – *OMISSIS* -, a tutt'oggi, viene garantita tramite le farmacie, con accordi ex art. 8 d.lgs. 30.12.1992 n. 502, a cui gli assistiti, in possesso della prescrizione del medico curante, si rivolgono per ottenere i relativi presidi.

2. Nel 2016 la Regione Lombardia ha deciso di utilizzare un diverso sistema di approvvigionamento per la fornitura dei dispositivi per i – *OMISSIS* -: ha quindi adottato il bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, V Serie Speciale-Contratti Pubblici n. 64 in data 6.06.2016, relativo alla fornitura di tali dispositivi, distinti per singoli lotti.

Per la procedura di gara la Regione si è servita della propria centrale di committenza, A. S.p.A..

3. I ricorrenti hanno impugnato tutti gli atti di gara (disciplinare, capitolato tecnico, schema di convenzione) e gli atti che hanno preceduto l'indizione della gara, ivi comprese le determinazioni relative all'istruttoria per l'individuazione delle caratteristiche dei prodotti posti a base di gara (oltre agli altri atti indicati nell'epigrafe del ricorso di primo grado), con esclusivo riferimento ai lotti 3-7 (- *OMISSIS* -), 8 (sistema di prelievo di sangue per la misurazione – *OMISSIS* -), 9-11 (sistemi di rilevazione – *OMISSIS* -, - *OMISSIS* -).

3.1. Nel ricorso di primo grado i ricorrenti hanno lamentato l'illogicità della scelta e la disparità di trattamento operata dalla Regione, sia con riferimento ai pazienti ai quali si riferisce la forn-

tura e alla mancata esclusione di quelli – *OMISSIS* -, sia in merito alla scelta delle caratteristiche degli strumenti posti a base di gara.

3.2. Si è costituita nel giudizio di primo grado l'A. S.p.a. che ha chiesto il rigetto dell'impugnativa.

4. Con la sentenza impugnata il TAR ha respinto il ricorso.

5. Avverso tale decisione gli appellanti hanno proposto appello, deducendo due motivi di impugnazione.

5.1. Si è costituita in giudizio l'A. S.p.A. che ha concluso per il rigetto dell'impugnativa.

5.2. Con ordinanza n. – *OMISSIS* - la domanda cautelare è stata respinta.

6. All'udienza pubblica del 14 settembre 2017 l'appello è stato trattenuto in decisione.

7. Con il primo motivo di appello, lamentano gli appellanti la violazione degli artt. 3, 32 e 117 Cost., la violazione degli artt. 3 e 4 della L. n. 115 del 1987, dell'art. 45, comma 1, lett. c) della L.R. n. 33 del 2009, la violazione del "Piano sulla malattia – *OMISSIS* -" approvato con Accordo tra Governo e Regioni in data 6.12.2012 ed il vizio di eccesso di potere sotto diversi profili.

7.1. Ricordano i ricorrenti che il primo giudice avrebbe respinto il ricorso sostanzialmente perché:

- la procedura di gara consentirebbe "a titolo di eccezione" di personalizzare i presidi terapeutici previa adeguata motivazione del medico curante;

- sarebbe quindi salvaguardata la libertà prescrittiva ed il diritto del paziente ad ottenere il dispositivo personalizzato alle proprie esigenze, tenuto conto che l'adempimento del medico non sarebbe eccessivamente gravoso a fronte del risparmio pubblico;

- la *lex specialis* avrebbe quindi correttamente bilanciato l'interesse dei pazienti e quello pubblico al risparmio di spesa.

7.2. Lamentano i ricorrenti l'erroneità di tale statuizione rilevando che:

- la *lex specialis* prevede tre soli prodotti per -*OMISSIS*-, non sufficientemente differenziati, in violazione del principio di appropriatezza e personalizzazione terapeutica;

- tale utilizzo (che non riguarda i pazienti – *OMISSIS* - - *OMISSIS* -, sottratti al nuovo regime di fornitura dei presidi) si riferisce ai soli pazienti – *OMISSIS* - - *OMISSIS* - che sono per lo più anziani e per i quali è prevista obbligatoriamente la sostituzione dei dispositivi attualmente in uso;

- per i pazienti – *OMISSIS* - non è stato previsto l'utilizzo di dispositivi appropriati;

- la *lex specialis* non ha previsto l'adeguamento della fornitura rispetto a sopravvenienti innovazioni tecnologiche;

- è stata prevista la sostituzione dei dispositivi in uso in assenza di formazione.

7.2.1. Tale scelte, secondo gli appellanti, contrasterebbero con i principi legislativi in materia di cura del – *OMISSIS* - e con le prescrizioni contenute nel Piano Nazionale sulla malattia – *OMISSIS* -.

A questo proposito richiamano l'art. 3 della L. n. 115 del 1987 che prevede il principio di personalizzazione della terapia, garantendo la libertà prescrittiva dei medici, l'art. 45, comma 2 lett. c) della L.R. 30.12.2009 n. 33 (T.U. delle leggi regionali in materia di sanità) ove per la cura del – *OMISSIS* - si prescrive di utilizzare "una terapia secondo le necessità cliniche del paziente", il Piano Nazionale – *OMISSIS* - che prevede, quale obiettivo 9, quello di garantire l'adeguatezza e la qualità delle tecnologie diagnostiche e terapeutiche, garantendone l'accesso ap-

proprio riducendo i rischi connessi al – *OMISSIS* –, gli Standard di Cura che ribadiscono il principio della personalizzazione degli strumenti terapeutici.

La *lex specialis*, nel prevedere la personalizzazione della cura come eccezione e non come standard, avrebbe violato il diritto alla salute, avente rilevanza costituzionale (art. 32 Cost.).

L'attuale sistema di approvvigionamento indiretto, tramite accordi del servizio sanitario con le farmacie garantirebbe, invece, l'appropriatezza e la personalizzazione della terapia.

7.2.2. La scelta operata dalla Regione Lombardia violerebbe, inoltre il riparto delle competenze tra Stato e Regioni, in quanto la libertà prescrittiva rientrerebbe nell'ambito del diritto alla salute, di cui all'art. 117 Cost., e dunque la competenza legislativa sui criteri che devono guidare il medico nella scelta del farmaco che meglio risponda alle esigenze terapeutiche del singolo caso, ricadrebbe all'interno dei principi fondamentali da stabilire con legge statale.

Poiché i presidi medici sarebbero equiparabili ai farmaci, essendo i – *OMISSIS* - parte integrante della terapia, il principio della libertà prescrizione sarebbe ad essi applicabile.

7.2.3. Irrilevante sarebbe la conformità dei presidi offerti (i – *OMISSIS* -) alla norma – *OMISSIS* -, trattandosi di un minimo inderogabile, come altrettanto irrilevante sarebbe il sistema dei punteggi previsto nella *lex specialis* (60 punti per la qualità su 100) ed il punteggio minimo di 36 punti: nessuno di questi elementi garantirebbe l'effettiva qualità dei prodotti da acquistare.

Con un secondo profilo del primo motivo, censurano gli appellanti specificatamente il capo di sentenza che ha respinto le doglianze relative:

- alla sottovalutazione dei rischi connessi alla sostituzione dei presidi, sebbene fosse stata suffragata da idonea documentazione tecnica;
- alla disparità di trattamento tra i pazienti – *OMISSIS* - - *OMISSIS* - e – *OMISSIS* - -*OMISSIS* - trattati, sottolineando (contrariamente a quanto ritenuto dal TAR), che la situazione terapeutica in cui versano le due categorie sarebbe la medesima, dovendo entrambe ricorrere alla medesima terapia mediante l'uso di identici ausili;
- ai rischi connessi alla mancata personalizzazione terapeutica per i pazienti – *OMISSIS* –
- *OMISSIS* - (impossibilità di conservare i dati archiviati sui supporti informatici, minore aderenza terapeutica per i pazienti più anziani, refrattari al cambiamento dei dispositivi in uso);
- all'omessa considerazione della particolare condizione dei pazienti – *OMISSIS* - - *OMISSIS* -, agevolmente risolvibile con la previsione di strumenti con la lettura vocalizzata della misurazione – *OMISSIS* -, possibilità prevista solo per i – *OMISSIS* - "base" e non anche per quelli con funzionalità avanzate.

7.3. Con un altro profilo del primo motivo, deducono l'omessa pronuncia da parte del TAR sulla non appropriatezza, in generale, dei presidi previsti dal bando, lamentando, in particolare, con riferimento ai – *OMISSIS* -, che la stazione appaltante avrebbe individuato solo tre tipologie di prodotti, distinguendoli in modelli con funzionalità "base", aggiuntive e avanzate, non tenendo conto delle varie tipologie di prodotti esistenti in commercio aventi caratteristiche differenti, utilizzabili a seconda delle particolari esigenze del singolo paziente.

Aggiungono, poi, che le particolari caratteristiche tecniche dei prodotti non sarebbero state considerate neppure in sede di attribuzione dei punteggi per la qualità, specie per quanto concerne i lotti 10 e 11.

7.4 .Con altro profilo dello stesso primo motivo, lamentano gli appellanti il rigetto, da parte del primo giudice, della doglianza relativa alla violazione del principio di continuità terapeutica derivante dalla sostituzione dei – *OMISSIS* -, in assenza di formazione ed addestramento dei pazienti, tenuto conto dell'età avanzata di molti pazienti affetti da – *OMISSIS* - - *OMISSIS* - che notoriamente comporta la difficoltà all'adeguamento ai cambiamenti tecnologici, con conseguente rischio di adesione alla terapia.

7.5. Infine, estendono l'impugnazione al capo di sentenza che ha respinto la doglianza relativa alla preferenza accordata agli – *OMISSIS* - più lunghi, in contrasto con le raccomandazioni dei – *OMISSIS* -, tenuto conto del maggior rischio che comportano per i pazienti.

8. Con il secondo motivo di appello, invece, gli appellanti lamentano la violazione dell'art. 1 commi 455-457 della L. 27 dicembre 2006, n. 296 e dell'art. 1 della L.R. 28.12.2007 n. 33, la mancata applicazione dell'art. 8, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 502 del 1992, dell'art. 2, comma 3, del DPR n. 371 del 1984, dell'art. 1, comma 4, lett. c) della L.R. n. 33 del 2007 e degli artt. 54 e 95, comma, 7 del d.lgs. 18/4/2016 n. 50 censurando il capo di sentenza che ha dichiarato inammissibile, per difetto di interesse, la doglianza con la quale avevano contestato la scelta di procedere alla gara in assenza di un effettivo risparmio di spesa, modificando il precedente sistema di acquisizione dei presidi, senza tener conto degli effetti negativi di tale scelta per i pazienti.

8.1. Infine, censurano il capo di sentenza che ha respinto la doglianza relativa al mancato confronto con le associazioni di categoria e alla contrarietà del ricorso alla gara da parte dei medici – *OMISSIS* - espressa nel tavolo tecnico, ed insistono sull'istanza di verifica articolata nel ricorso di primo grado.

9. L'appello è infondato e va, dunque, respinto.

9.1. Per ragioni logiche è opportuno svolgere alcune considerazioni preliminari, necessarie per la risoluzione della controversia.

Il ricorso alla gara di appalto costituisce lo strumento con il quale le Amministrazioni acquisiscono i beni e servizi utilizzati per lo svolgimento delle attività cui sono deputate, sicché la scelta di ricorrere alla gara pubblica, anziché all'accordo con le farmacie, previa stipula di apposita convenzione ex art. 8 del d.lgs. n. 502 del 1992, per l'acquisizione dei prodotti necessari per la cura dei pazienti – *OMISSIS* -, non costituisce di per sé un fatto "anomalo", tanto da dover essere giustificato.

Tale principio è stato correttamente richiamato anche dal TAR nel punto VII) della sentenza.

Il TAR ha giustamente rilevato che "la decisione di modificare le modalità di approvvigionamento dei presidi per pazienti – *OMISSIS* -, configurando una scelta che attiene al merito amministrativo, connotata da un'ampia discrezionalità, può essere annullata solo a fronte di un manifesto difetto di istruttoria, e/o di una manifesta irrazionalità o irragionevolezza (v. ad es. TAR Lazio, Latina, Sez. I, 28.03.2014, n. 256, relativamente ad una delibera regionale che dispone la

riduzione dei posti letto accreditati di una clinica, TAR Sardegna, Sez. I, 3.09.2013, n. 601, sulle scelte inerenti l'ubicazione delle sedi farmaceutiche, C.S., Sez. III, 3.07.2013, n. 3572 sugli atti di programmazione sanitaria)".

9.2. Quanto alla asserita illogicità della scelta, in quanto determinata da esigenze di risparmio dei costi, laddove - invece - comporterebbe maggiori esborsi per la sanità regionale, è sufficiente rilevare che tale affermazione non è suffragata da sufficienti elementi di prova, ma anzi è espressamente confutata dalla difesa di A. nella propria memoria (pag. 23) e per di più contrasta con il fatto notorio secondo cui, il ricorso alle procedure di evidenza pubblica, oltre a garantire la trasparenza amministrativa ed rispetto del principio di concorrenza (cfr. sul punto deliberazione dell'AGCM del 30 aprile 2003 sui dispositivi medici per pazienti – *OMISSIS* -), consente normalmente un risparmio di spesa.

Sussiste, dunque, una prova presuntiva contraria a quanto sostenuto nell'atto di appello, non solo per ragioni di comune esperienza, ma anche alla luce di quanto riscontrato in casi analoghi (ad es. nel caso della gara indetta dalla Regione Piemonte).

9.3. Sempre in via preliminare, è opportuno sottolineare che, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, il diritto alla salute è finanziariamente condizionato (cfr. Corte Cost., 28 luglio 1993, n. 355; Corte Cost. 17 luglio 1998, n. 267 e 20 novembre 2000, n. 509; 27.07.2011, n. 248): la Corte ha, infatti, delineato una soluzione intermedia di tale diritto, affermando che la necessaria discrezionalità del legislatore nel dare attuazione ai principi e ai diritti fondamentali deve necessariamente incontrare comunque il noto limite della "riserva del ragionevole e del possibile". (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 14 settembre 2017, n. 4347).

Il richiamo ai diritti finanziariamente condizionati è necessario per chiarire - innanzitutto - che il diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost., non comporta l'obbligo per il SSR di fornire tutti i prodotti esistenti sul mercato per la cura di una determinata patologia: ciò che l'ordinamento garantisce è che la prescrizione sia funzionale alla necessità terapeutica, ma senza che il sistema sanitario sia gravato da oneri aggiuntivi conseguenti alle dinamiche del mercato (cfr. sul punto, Cons. Stato, Sez. V, 21.09.2010, n. 7025).

9.4. Si delinea così il punto centrale della controversia: occorre accertare se il rispetto del principio di libertà di personalizzazione della cura invocato dalle appellanti, che trova fondamento non solo nelle norme da esse invocate, ma che è espressione del più generale principio della libertà prescrittiva del medico (cfr. sul punto, Cons. Stato, Sez. III, 29.09.2017 n. 4546), sia compatibile con la fornitura di determinate tipologie di presidi, salva la possibilità di personalizzare la cura nei casi in cui il medico lo ritenga necessario.

9.4.1. Correttamente il TAR ha ricordato che questa Sezione, nella sentenza n. 5776 del 2015, "avvallando il bilanciamento tra l'interesse pubblicistico della stazione appaltante ad indire la gara, ed il diritto alla salute dei pazienti, ha affermato che l'obbligo di compilazione di una relazione da parte del medico, come detto, previsto anche nel caso di specie, che ritenga di dover necessariamente utilizzare un farmaco più costoso, non può considerarsi limitativo della libertà prescrittiva, "tenuto conto che, attraverso tale procedura, comunque giustificata dalla necessità di tenere sotto controllo l'ammontare della spesa pubblica sanitaria, il medico può comunque di-

sporre l'utilizzazione del farmaco da lui ritenuto maggiormente appropriato al caso di specie. L'Amministrazione non è infatti sempre tenuta a servirsi del farmaco in assoluto più evoluto, o ritenuto migliore, soprattutto se questo è più costoso di altro di pari e sicura efficacia nella terapia nella maggior parte dei casi trattati, ferma restando la possibilità di acquisire anche il primo, se ciò si rivela, per una parte dei pazienti da trattare, realmente necessario (C.S., Sez. III, 3.12.2015 n. 5476)".

Sulla base di tali principi, il TAR ha condivisibilmente ritenuto che: "l'esercizio della libertà prescrittiva, e del correlato diritto del paziente ad ottenere il dispositivo personalizzato alle proprie esigenze (si pensi, ad esempio, al caso di – *OMISSIS* - - *OMISSIS* -, la cui Associazione concorre a presentare il presente ricorso, su cui anche oltre), lungi dall'essere sacrificato, viene subordinata alla mera compilazione di una relazione da parte del medico, non essendo tale adempimento né irragionevole né eccessivamente gravoso, a fronte dei benefici derivanti dalla concorrenzialità della procedura di acquisto, e di possibili e probabili risparmi di denaro pubblico, ritiene il Collegio che possano essere invocati al caso di specie i sopra citati principi della giurisprudenza del Consiglio di Stato, avendo la *lex specialis* correttamente bilanciato gli interessi della stazione appaltante con quelli degli assistiti".

9.4.2. Occorre aggiungere che - come correttamente rilevato dalla difesa dell'appellata - nessuna delle norme invocate dagli appellanti prevede l'obbligo di rimborso, ma anzi l'art. 3 della L. n. 115 del 1987 si riferisce esclusivamente all'obbligo di fornitura, che può avvenire secondo le modalità previste dalla Regione Lombardia, mediante il ricorso alla gara di appalto così come avviene per qualunque altro prodotto, ad uso terapeutico (ad es. farmaci).

L'art. 45 comma 2 lett. c) della L.R. n. 33 del 2009 si limita a prevedere che la cura del - *OMISSIS*- deve seguire la terapia secondo le necessità cliniche del paziente, principio che non viene leso dal sistema di acquisizione prescelto dalla Regione Lombardia, ed il Piano Nazionale del – *OMISSIS* - prevede l'utilizzazione di strumenti di qualità idonei ad ottenere risultati sicuri riducendo i rischi potenziali relativi al – *OMISSIS* -, obiettivi pienamente perseguibili, tenuto conto che i prodotti prescelti devono essere in possesso della certificazione – *OMISSIS* -, che garantisce la qualità dei presidi.

9.5. Per quanto concerne, invece, la scelta dei presidi effettuata dalla stazione appaltante, ritenuti non idonei dagli appellanti, è opportuno ricordare, che il criterio di aggiudicazione della gara era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione del maggior punteggio per l'offerta tecnica rispetto a quella economica, e con la previsione di uno sbarramento minimo nel punteggio tecnico, al fine di escludere i prodotti di minore qualità, mentre la mancata previsione di ulteriori tipologie di prodotti rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, sindacabile solo per illogicità ed irragionevolezza delle determinazioni assunte.

A questo proposito la difesa della centrale di committenza ha chiarito che l'individuazione delle caratteristiche dei prodotti è avvenuta dopo un'approfondita istruttoria, da parte di un team di specialisti tenendo conto dei dati storici relativi alle precedenti forniture, sicché la scelta tecnico discrezionale operata dalla stazione appaltante, tenuto conto del particolare tipo di sindacato di cui dispone il giudice amministrativo, risulta immune da vizi.

Ne consegue che la tesi degli appellanti - secondo cui la scelta della stazione appaltante di individuare tre sole tipologie di – *OMISSIS* -, senza prevedere la possibilità di sostituirli in caso di innovazioni tecnologiche, ledendo il diritto alla salute dei pazienti - si appalesa da un lato infondata alla luce dei principi in precedenza espressi (cfr. paragrafo 9.3) e dall'altro del tutto indimostrata, come ha correttamente ritenuto il primo giudice.

10. Per il resto la sentenza di primo grado merita la conferma anche in relazione alle questioni relative alla asserita disparità di trattamento tra i pazienti affetti da – *OMISSIS* - - *OMISSIS* - e – *OMISSIS* - in quanto correttamente il primo giudice ha posto l'accento sulla differente condizione in cui versano le due categorie (basti pensare all'aspetto numerico), alla mancata previsione di particolari strumenti per i – *OMISSIS* -, potendo ricorrersi comunque alla prescrizione personalizzata del presidio, alla sostituzione dei – *OMISSIS* -, che viene disposta normalmente anche adesso, e che anche dopo avverrà a seguito di prescrizione medica presso l'apposito centro – *OMISSIS* -co (senza considerare che in casi particolari, in cui effettivamente la sostituzione del presidio potrebbe comportare problemi per il singolo paziente, il medico può avvalersi del potere di personalizzazione della cura mantenendo il precedente – *OMISSIS* -), alla mancata prova sull'addestramento dei pazienti all'uso dei nuovi strumenti, smentita dagli stessi appellanti nell'ultima memoria depositata in primo grado (sul punto si fa rinvio alla sentenza di primo grado, paragrafo V.5).

Quanto alla perdita dei dati, si tratta di una evenienza non veritiera, potendo essere trasferiti da un supporto all'altro, quanto alla tipologia dei prodotti (ad esempio la lunghezza degli aghi), si è già rilevato che la scelta ha tenuto conto dei dati storici di consumo, ed è quindi rispondente alle preferenze indicate dai medici prescrittori; resta comunque salva la libertà di prescrizione da parte dei medici, tanto più che è prevista la fornitura anche di – *OMISSIS* - più corti.

Vanno respinte anche le doglianze relative alla fase procedimentale, dedotte con il secondo motivo di appello, essendo pienamente condivisibili le affermazioni del TAR.

11. L'appello va dunque respinto, perché infondato.

12. Quanto alle spese del grado di appello, sussistono tuttavia giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado che ha respinto il ricorso di primo grado.

Spese del grado di appello compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 22, comma 8 d.lgs. n. 196 del 2003, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque ivi citate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2017