

Publicato il 25/11/2016

N. 02210/2016 REG.PROV.COLL.

N. 01605/2016 REG.RIC.



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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1605 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Fand - Associazione Italiana Diabetici, Associazione per la Ricerca Sul Diabete Italia - A.R.D.I. Onlus, A.I.D. - Associazione Italiana Diabetici, Fand - Sede di Milano, Associazione Saronnese Diabetici, Associazione Diabetici San Matteo, Associazione Diabetici Comprensorio Corsico "Egidio Archero" - Fand Onlus, A.P.D. Associazione Provinciale Diabetici di Como, Associazione Diabetici Medio Verbano, Associazione

Diabetici Centro Alto Lario A.D.C.A.L., Associazione Diabetica, Fand - Associazione Italiana Diabetici Lodi, Consiglio Regionale Lombardo dell'Unione Italiana dei Ciechi e degli Ipovedenti Onlus, Antonio Arini, Sergio Martinelli, Giovanni Fidanza, Agnese Mezzena, rappresentati e difesi dagli avvocati Bassano Baroni e Alberto Vittorio Fedeli, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Via Vincenzo Monti, 56;

contro

Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.a. – Arca, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Marras e Claudia Sala, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale di Arca in Milano, via Fabio Filzi, 22;

nei confronti di

Regione Lombardia, Ats della Città Metropolitana di Milano, Ats della Brianza, Ats dell'Insubria; non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

del Bando di gara per la fornitura di dispositivi medici per pazienti diabetici - ARCA_2016_92.1, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, V Serie Speciale-Contratti Pubblici n.64 in data 6/6/2016, limitatamente ai lotti 3-7 (aghi per penna insulinica), 8 (sistema di prelievo di sangue per la misurazione della glicemia), 9-11 (sistemi di rilevazione della glicemia, glucometri), dei relativi atti di gara, in particolare del disciplinare di gara, del capitolato tecnico, della schema di convenzione, limitatamente ai predetti lotti, della determinazione del direttore generale di ARCA

di indizione della gara, i cui estremi non sono noti, nonché della determinazione 15/4/2016 prot. 435111016 e della nota 14/4/2016 prot. 4318 del responsabile struttura operativa gare, di ogni atto connesso e consequenziale, presupposto, prodromico endoprocedimentale ed particolare:1) gli esiti del lavoro istruttorio del tavolo tecnico di professionisti e di altri tavoli di confronto e consultazione, citati nella predetta nota 14/4/2016; 2) il piano di attività ARCA S.p.A. 2015 di cui all'all. 4 alla DGR 30/12/2014 n. X/2998; 3) il programma pluriennale attività ARCA S.p.A. di cui all'All. 4, Piano G, alla DGR 29/12/2015 n. X/4709, 4) il piano attività ARCA S.p.A. 2016, ove esistente (non essendo stato allegato alla DGR 29/12/2015 n X/4709 e non pubblicato), nella parte in cui hanno previsto l'effettuazione della gara in questione; 5) la DGR 31/10/2013 n. X/888 e s.m.i. nella parte in cui ha subordinato la durata, eventualmente prorogata, dell'accordo regionale con le farmacie per l'erogazione di ausili e presidi per il controllo della glicemia per i pazienti diabetici al completamento ed efficacia della procedura di gara sulla fornitura che sarà espletata da ARCA S.p.a.; atti impugnati con il ricorso principale e con i motivi aggiunti

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Arca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2016 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe indicato gli istanti – la cui legittimazione non è oggetto di contestazione - impugnano il bando di gara per la fornitura di dispositivi medici per pazienti diabetici, limitatamente ai lotti relativi agli aghi per penna insulinica (lotti 3-7), al sistema di prelievo del sangue per la misurazione della glicemia (lotto 8), ed ai sistemi di rilevazione della glicemia, glucometri (lotti 9-11).

La difesa della stazione appaltante si è costituita in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

A seguito di accesso agli atti i ricorrenti hanno proposto motivi aggiunti, avverso i medesimi provvedimenti già impugnati con il ricorso principale.

All'udienza pubblica del 10.11.2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I.1) Osserva il Collegio che, come riferito dai ricorrenti, sul territorio regionale, l'approvvigionamento e la distribuzione dei dispositivi per diabetici, 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.

Con la procedura impugnata, al contrario, secondo i ricorrenti, il sistema regionale acquisirebbe un'unica tipologia di prodotti, "con l'obbligo di ricorrere ad esso, a prescindere dalla sua appropriatezza clinica, in riferimento alla situazione dei singoli pazienti diabetici, ed in violazione della libertà prescrittiva del medico".

In sostanza, essi contestano la decisione dell'Amministrazione di acquistare direttamente i presidi per i pazienti diabetici, previo esperimento di una procedura di evidenza pubblica, e poi distribuirli agli interessati, anziché limitarsi a rimborsarne il costo alle farmacie, ritenendo la stessa peggiorativa delle loro condizioni, malgrado la possibilità, prevista in via derogatoria, di assegnare agli assistiti che ne abbiano la necessità, presidi non ricompresi nell'ambito dell'appalto, previa motivata relazione del medico.

1.2) In via preliminare, il Collegio intende delimitare l'oggetto del giudizio, alla luce della natura degli atti impugnati, e dell'interesse al ricorso che muove gli istanti.

In primo luogo, la determinazione oggetto del presente giudizio, e pertanto, come detto, la decisione di modificare le modalità di approvvigionamento dei presidi per pazienti diabetici, 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. T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 28.3.2014, n. 256, relativamente ad una delibera regionale che dispone la riduzione dei posti letto accreditati di una clinica, T.A.R. Sardegna, Sez. I, 3.9.2013, n. 601, sulle scelte inerenti l'ubicazione delle sedi farmaceutiche, C.S., Sez. III, 3.7.2013, n. 3572 sugli atti di programmazione sanitaria).

Quanto all'interesse a ricorrere, osserva il Collegio che gli istanti sono associazioni aventi quale scopo la tutela delle condizioni dei pazienti affetti da diabete, oltreché alcune persone fisiche soggette a tale patologia. Atteso che il provvedimento impugnato è un bando di gara, destinato quindi a produrre effetti diretti nei confronti degli operatori economici del settore, l'ammissibilità delle censure in questa sede sollevate andrà vagliata tenendo conto delle eventuali ricadute che il loro accoglimento comporterebbe sulle condizioni dei pazienti. Per giurisprudenza pacifica, nel processo amministrativo, la legittimazione a ricorrere presuppone infatti il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione investita dall'azione esperita; di conseguenza, in sé considerata, la semplice possibilità di ricavare dall'invocata decisione di accoglimento una qualche utilità pratica, indiretta ed eventuale, ricollegabile in via meramente contingente ed occasionale al corretto esercizio della funzione pubblica censurata, non

dimostra la sussistenza della posizione legittimante, non essendo consentito adire il giudice al solo fine di conseguire la legalità e la legittimità dell'azione amministrativa (C.S., Sez. V, 27.1.2016, n. 265).

II) Prima di scrutinare le specifiche censure prospettate dai ricorrenti, ritiene il Collegio opportuno esaminare i contenuti dei provvedimenti impugnati, alla luce di quanto sopra evidenziato, e pertanto, al fine di valutare le modalità con cui la procedura impugnata ha ritenuto di garantire la qualità dei prodotti da assegnare ai pazienti, e di assicurare agli stessi la possibilità di utilizzarne altri, per il caso in cui quelli oggetto della gara non fossero adeguati alle loro esigenze.

II.1) Quanto ai requisiti qualitativi dei prodotti da acquistare, la procedura di che trattasi ha fissato una selettiva barriera in ingresso, richiedendo, tra le condizioni di partecipazione, che i glucometri offerti (lotti 9-11), fossero conformi alla norma Iso 15197, quale da ultimo aggiornata, nell'anno 2013.

Se è quindi pur vero che l'attuale sistema normativo si preoccupa di garantire che detti dispositivi abbiano determinate caratteristiche minime, indicate nel D.Lgs. 8.9.2000 n. 332 e nel D.M. 23.12.2013, la richiesta della citata certificazione Iso, impone evidentemente che i prodotti acquistati nella procedura impugnata siano connotati da un surplus qualitativo rispetto alla mera conformità a legge degli stessi, da accertarsi da parte di un organismo a ciò preposto, ex art. 43 D.Lgs. n.

163/2016 (C.S. Sez. III, 19.11.2014 n. 5695).

Il fatto che la norma Iso richiesta dalla lex specialis sarebbe “già rispettata da tutti i prodotti in commercio”, come sostenuto dai ricorrenti nella loro memoria finale, è circostanza di fatto, che non può evidentemente incidere sull’apprezzamento che la stazione appaltante ha dimostrato rivolgere ai profili qualitativi dei prodotti oggetto della procedura impugnata, ciò che è rilevante nello scrutinio delle censure in questa sede proposte.

A prescindere dai requisiti di partecipazione, i prodotti oggetto della procedura di che trattasi sono scelti in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, in cui il peso dell’elemento qualitativo è ampiamente prevalente (60/100), potendo inoltre accedere alla fase finale della valutazione economica solo le offerte che abbiano superato una rilevante soglia di sbarramento (36 punti), ciò che, ulteriormente, conferma l’estremo rilievo che la stazione appaltante ha inteso attribuire ai profili qualitativi dei dispositivi da acquistare.

II.2) Quanto alla salvaguardia, da parte della lex specialis della procedura impugnata, della libertà di personalizzare la cura, che i ricorrenti assumono violata, come sopra già evidenziato, si prevede che il medico potrà prescrivere ai pazienti i prodotti più idonei alle loro esigenze, indipendentemente dalla loro presenza nell’ambito della gara oggetto del presente giudizio.

III) Alla luce di quanto precede, ritiene il Collegio che, con la procedura impugnata, la stazione appaltante ha

correttamente ricondotto nell'alveo di una gara l'acquisizione di ingenti forniture pubbliche, che nel sistema attuale, vi sono invece sottratte, con beneficio per la tutela della concorrenza, per le casse erariali, salvaguardando tuttavia le specifiche esigenze dei pazienti, sia in virtù dell'elevato livello qualitativo dei prodotti acquistati, che in ragione della personalizzazione dei presidi, nel caso in cui quelli acquistati in gara siano inidonei, previa motivata valutazione del medico prescrittore.

Malgrado pertanto la giurisprudenza abbia in passato effettivamente ritenuto ammissibile l'approvvigionamento dei presidi di che trattasi mediante gli accordi ex art. 8 c. 2 lett. c) D.lgs. n. 502/1992 (C.S., Sez. III, 28.10.2013 n. 5174), erroneamente i ricorrenti assumono che detta modalità sia l'unica possibile, non potendo automaticamente desumersi, dalla legittimità del sistema attuale, l'illegittimità di quello prospettato con la procedura impugnata, che potrebbe infatti essere ritenuto tale solo in esito all'accoglimento di specifici vizi.

Al contrario, C.S., Sez. III, 26.11.2015, n. 5776, 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 disporre 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)”.

Con riferimento alla fattispecie, come detto, se è pur vero che, di regola, l’approvvigionamento dei dispositivi avverrà nell’ambito di quelli aggiudicati nella presente procedura, la stessa contempla tuttavia, significativamente, a titolo di eccezione, la possibilità di personalizzarne l’acquisizione, sebbene ciò, coerentemente, richieda un onere motivazionale in capo al medico prescrittore.

Poiché 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 diabetici non vedenti od ipovedenti, 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.

Il ricorso va conseguentemente rigettato, potendo pertanto prescindere dalle richieste istruttorie e documentali formulate dagli istanti, potendosi infatti decidere la causa, alla luce delle doglienze proposte, allo stato degli atti.

IV) Né in contrario depongono le considerazioni sviluppate nelle relazioni dei Professori Sandro Gentile e Francesco Giorgino, allegate dai ricorrenti, per quanto le stesse paventino, in particolare, il possibile instaurarsi di una correlazione negativa tra le condizioni dei pazienti, soprattutto anziani, ed i nuovi dispositivi, con particolare riferimento al controllo glicemico, tuttavia non adeguatamente documentando i rischi paventati.

Osserva infatti il Collegio che dette considerazioni, per quanto autorevolmente formulate, non sono in realtà fondate su risultanze scientifiche, o semplicemente fattuali, limitandosi, sostanzialmente, a sostenere la

contrarietà degli atti impugnati alla normativa vigente, od a regole di buona amministrazione (ad es. la relazione del Prof. Gentile deduce la violazione della DGR 2565/14, dell'art. 3 L. n. 115/87, e la non economicità dell'operazione per le casse pubbliche, così come quella del Prof. Giorgino, l'aggravio di ore lavorative dei team diabetologici ed il mancato risparmio di risorse economiche).

L'unico supporto scientifico rinvenibile in dette relazioni è contenuto in quella del Prof. Gentile, in cui si afferma che "i potenziali effetti negativi della sostituzione dei glucometri sono stati riportati in un recentissimo studio (poster presentato al Congresso 2016 della società italiana di Diabetologia), sul caso dell'Emilia Romagna, nonostante la Regione avesse consentito alle Asl deroghe sulla sostituzione degli strumenti in uso fino a non più del 20% dei pazienti, è emerso che, all'aumentare dell'età dei malati, il passaggio ai glucometri aggiudicati in gara ha comportato peggioramenti nella qualità del controllo glicemico".

Ritiene sul punto il Collegio che detta evidenza, per quanto non priva di rilievo, non sia tuttavia sufficiente a travolgere l'operato dell'amministrazione, essendo, allo stato, isolata, e non meglio descritta quanto ai suoi elementi essenziali (natura dei dati che ne formano oggetto, metodo seguito per la loro rilevazione, controlli indipendenti sugli esiti, ecc.), non parendo peraltro neppure confluita in un vero e proprio articolato studio

scientifico, quanto, più semplicemente, in un “poster”, presentato ad un convegno.

In conclusione, pur essendo il Collegio consapevole che la procedura impugnata, in quanto destinata a produrre i propri effetti su una popolazione connotata da una rilevante fragilità, ed innovando le prassi consolidate, potrebbe in astratto dare luogo a taluni disagi a carico degli utenti, tuttavia, a fronte dei ristretti margini di sindacato giurisdizionale consentiti allo stesso nell’ambito del presente giudizio, delle garanzie poste dalla stazione appaltante a tutela della qualità dei prodotti e della libertà prescrittiva, e della mancata adeguata documentazione, da parte dei ricorrenti, dei rischi derivanti agli assistiti, non può che pronunciarsi per la legittimità dei provvedimenti impugnati.

Rimane ovviamente fermo che gli enti sanitari preposti, nell’adempimento dei propri fini istituzionali, vigileranno, con tempestività ed accuratezza, sui reali impatti che la nuova modalità distributiva avrà sull’utenza, intervenendo, se del caso, con gli adeguati strumenti, a tutela del loro diritto fondamentale alla salute.

V.1) Quanto al dettaglio delle specifiche censure, con il primo motivo, nella parte in cui il medesimo è indirizzato avverso i Lotti 8-11, in primo luogo, i ricorrenti lamentano l’ingiustificata disparità di trattamento riservata ai pazienti diabetici di tipo 2, inclusi nella fornitura di che trattasi, rispetto a quelli di tipo 1, ai quali “viene lasciato il diritto ad una scelta appropriata”.

Il motivo è infondato atteso che, come sopra detto, la procedura impugnata è in realtà legittima, non ponendo pertanto i pazienti assoggettati alla stessa in una posizione deteriore rispetto a quelli che vi sono esclusi.

In ogni caso, per giurisprudenza pacifica, il vizio di disparità di trattamento rileva solo quando vi sia un'assoluta identità di situazioni oggettive, che valga a testimoniare l'irrazionalità delle diverse conseguenze tratte dall'Amministrazione (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 6.6.2016, n. 6494, C.S. Sez. VI, 11.3.2008, n. 1049), diversamente da quanto avvenuto nel caso di specie, in cui le scelte dell'Amministrazione sono correlate a due categorie di pazienti differenziate da specifiche peculiarità, e disomogenee anche dal punto di vista quantitativo, rappresentando i pazienti esclusi dalla procedura solo l'8% del totale.

V.2) Sotto altro profilo, i ricorrenti lamentano la mancata "necessaria differenziazione e personalizzazione nell'utilizzo dei glucometri", che dovrebbe essere frutto di una diagnosi e di un'analisi della personale situazione dei pazienti, connessa all'abilità di gestire gli strumenti tecnologici, atteso che "i glucometri non sono affatto tra loro fungibili".

Il motivo è infondato, in relazione a quanto affermato nel precedente punto III.

V.3) Ulteriormente, i ricorrenti deducono la mancata appropriatezza dei dispositivi in rapporto ai diabetici non vedenti ed ipovedenti.

Il motivo è infondato, oltrech  per quanto gi  affermato nel precedente punto III, a proposito della libert  prescrittiva del medico, che consente al medesimo di assegnare ai pazienti ipovedenti i dispositivi adatti alle loro esigenze, anche in ragione delle esigenze organizzative e di standardizzazione della domanda che presidiano lo svolgimento di una gara pubblica, ovviamente pregiudicate dall'indicazione di quantitativi marginali di presidi, destinati solo ad una specifica categoria di pazienti, ci  che giustifica la scelta della stazione appaltante di acquistare separatamente gli stessi.

V.4) Con il profilo sub d) gli istanti evidenziano che, "data l'ampiezza della durata della fornitura,   prevedibile che, nelle more della convenzione, potranno affacciarsi sul mercato nuovi e diversi dispositivi tecnologicamente pi  avanzati", senza che la *lex specialis* preveda invece alcun adeguamento alle innovazioni tecnologiche, ci  che pregiudicherebbe la loro aspettativa a poter utilizzare i prodotti pi  avanzati.

Il motivo   infondato.

In primo luogo, osserva il Collegio che, come gi  evidenziato, non sussiste alcun diritto a che l'Amministrazione debba necessariamente servirsi del prodotto in assoluto pi  evoluto (C.S. n. 5476/15 cit.).

Inoltre, come gi  esposto nel precedente punto II.1, la stazione appaltante ha incentrato la presente procedura sui profili qualitativi dei prodotti da acquistare,

valorizzando gli stessi, quali requisiti di partecipazione, ed in termini determinanti, ai fini dell'aggiudicazione.

Conseguentemente, malgrado i pazienti siano potenzialmente impossibilitati ad ottenere i prodotti frutto della più recente innovazione tecnologica, per l'arco di 36 mesi, alla luce di quanto sopra evidenziato, ciò non intacca comunque la complessiva ragionevolezza ed efficacia della procedura impugnata.

V.5) Con il profilo sub e) si evidenzia che la sostituzione obbligatoria del glucometro utilizzato dai pazienti, con quello aggiudicato in sede di gara, sarebbe suscettibile di creare un rischio per gli stessi.

In primo luogo, il Collegio richiama le considerazioni espresse nel precedente punto III, in cui si sono evidenziati gli ampi margini a tutela della libertà prescrittiva garantiti dai provvedimenti impugnati, nel cui ambito rientrano anche gli strumenti oggetto della presente censura, che va pertanto respinta.

Inoltre, contrariamente a quanto paventato, la sostituzione dei glucometri non è imposta d'imperio in conseguenza dell'espletamento della procedura impugnata, avendo invece luogo gradualmente, come riconosciuto dagli stessi ricorrenti nella propria memoria finale, prevedendosi la formazione ed addestramento del 60% dei pazienti, nell'ambito del primo anno, ciò che, ulteriormente, depone per l'infondatezza dei rilievi dagli stessi sollevati.

V.6) Con il profilo sub f) i ricorrenti deducono la

violazione del principio di libertà di prescrizione.

Il motivo è infondato, oltrech  per quanto gi  affermato nel precedente punto III, anche alla luce della stessa giurisprudenza invocata dagli stessi a supporto delle loro ragioni.

C.S., Sez. III, 27.10.2011, n. 5790, lungi dall'affermare infatti principi incompatibili con le determinazioni impugnate, si   pronunciata in ordine alla legittimit  di un regolamento regionale, nella parte in cui prevedeva che la prescrizione dei farmaci concedibili con oneri a carico del servizio sanitario regionale, dovesse "esclusivamente riportare il principio attivo", con conseguente divieto per i medici di utilizzare il nome commerciale del farmaco. Nella fattispecie per cui   causa, diversamente da quella sopra citata, non   infatti pregiudicata la discrezionalit  del medico nella scelta del farmaco pi  indicato per il proprio paziente, garantita dall'art. 5, c. 5 quater L. n. 222/2007, essendo la stessa al contrario espressamente tutelata dalla *lex specialis*.

Parimenti, T.A.R. Piemonte, Sez. I, Ord. n. 316 del 15.9.2016, riguarda una fattispecie radicalmente diversa da quella per cui   causa, essendosi in quel caso impugnato il provvedimento regionale con cui erano stati assegnati gli obiettivi economico-gestionali, di salute e di funzionamento dei servizi ai direttori generali delle aziende sanitarie.

VI.1) Quanto ai Lotti 3-7, i ricorrenti evidenziano che "i diabetologi raccomandano l'utilizzo di penne con ago 4

mm”, laddove quelle oggetto della procedura impugnata sono di lunghezza superiore.

Il motivo è infondato atteso che, come dato atto dagli stessi ricorrenti, gli aghi aventi una lunghezza ritenuta eccessiva, non rappresentano la totalità di quelli acquistati, essendo al contrario oggetto dei soli Lotti 3-5, laddove i Lotti 6 e 7 riguardano invece aghi della lunghezza ritenuta ottimale dai ricorrenti (4 mm).

VI.2) Sotto altro profilo, deducono i ricorrenti che i quantitativi oggetto di gara sarebbero comunque insufficiente a coprire il fabbisogno dei pazienti.

Il motivo è infondato atteso che, in base alla lex specialis, le quantità ivi indicato “sono determinate ai soli fini della valutazione ed aggiudicazione delle offerte”, precisandosi inoltre espressamente “che le quantità sopra richiamate non corrispondono al fabbisogno totale degli assistiti, al fine di garantire il rispetto della libertà prescrittiva del medico specialista”.

La difesa della stazione appaltante giustifica inoltre la propria scelta con riferimento al fabbisogno storico, ciò che esclude conseguentemente l'irragionevolezza della sua scelta, tenuto che, sul punto, i ricorrenti si limitano a loro volta a contestare del tutto genericamente detta affermazione, sostenendo che la stessa sarebbe “indimostrata”.

VII) Con il secondo motivo i ricorrenti lamentano la mancata esplicita motivazione economica a giustificazione dell'indizione della gara impugnata.

Osserva il Collegio che, in via preliminare, il motivo è inammissibile per difetto di interesse, atteso che la gara impugnata con il presente ricorso non comporterà in ogni caso un aggravio di oneri finanziari in capo agli attuali ricorrenti, quanto, eventualmente, al Servizio Sanitario Regionale. Come infatti correttamente evidenziato dalla difesa della stazione appaltante, in base a quanto disposto nell'art. 4 c. 2 L. 16.3.1987 n. 115, la fornitura di tutti i presidi avverrà a titolo gratuito, compresa quella relativa a prodotti diversi da quelli presenti nell'appalto impugnato, prescritti agli utenti dal medico.

In ogni caso, l'indizione di una procedura aperta non richiede alcuna motivazione, essendo la stessa al contrario necessaria qualora l'affidamento abbia luogo derogando alla stessa, ciò che comporta l'infondatezza delle censure in questa sede proposte.

VIII) Con l'ultimo motivo i ricorrenti evidenziano che, nella delibera di indizione della gara impugnata, la stazione appaltante, oltre a richiamare il Piano di attività Arca 2015, afferma che la D.G.R. n. 4709 del 29.12.2015 ha approvato il Piano di Attività 2016, il quale non sarebbe invece allegato alla stessa.

Osserva il Collegio che, in primo luogo, il motivo è inammissibile, non essendo i ricorrenti operatori economici attivi nel settore degli appalti pubblici, quanto invece associazioni e pazienti diabetici, che non hanno pertanto interesse a contestare le attività, peraltro meramente organizzative, della stazione appaltante,

preordinate allo svolgimento di una procedura di gara, alla quale gli stessi prenderanno parte.

Quanto al merito della censura, ritiene il Collegio che la stessa sia infondata, in primo luogo, poiché la citata D.G.R. n. 4709/2015 contiene il programma pluriennale delle attività 2016-2018, nel quale viene richiamato anche quello relativo all'anno 2016, e che comunque la stessa è stata oggetto di correzione di errore materiale, proprio per non aver incluso tra i suoi allegati detto programma (avviso di rettifica BURL del 18.2.2016).

IX.1) Con i motivi aggiunti i ricorrenti deducono il mancato confronto procedimentale con le associazioni di categoria.

Il motivo è infondato in fatto atteso che la procedura in epigrafe impugnata è stata in realtà preceduta da un confronto partecipativo con le associazioni dei pazienti (v. ad es. report del 20.3.2014).

Quanto alle associazioni ricorrenti, in data 18.1.2016, le stesse hanno inoltrato una diffida alla Regione Lombardia ed ad Arca S.p.a., a non indire la gara oggetto del presente giudizio, allegando sostanzialmente i medesimi argomenti contenuti nel ricorso, che essendo infondati, per le ragioni che si sono evidenziate, rendono irrilevante, in parte qua, anche la presente doglianza.

Inoltre, la stazione appaltante ha altresì fatto precedere l'indizione della procedura impugnata dalla convocazione di un cd. "Tavolo Tecnico", composto da medici prescrittori, al fine di poter apprezzare le specifiche

problematiche di natura tecnica, ivi evidenziate. In conseguenza della funzione meramente consultiva, e della natura estemporanea di tale organismo, la cui composizione non è ovviamente disciplinata da alcuna fonte, risultano palesemente infondati i rilievi con cui i ricorrenti lamentano la mancata partecipazione di taluni membri in realtà nominati, e per converso, la presenza di componenti invece non asseritamente nominati, oltretutto la mancata sottoscrizione di tutti i sanitari coinvolti.

IX.2) Nella propria memoria finale, non notificata, i ricorrenti, per la prima volta, evidenziano che “tutti i medici diabetologi del tavolo tecnico si sono espressi per l’esclusione dall’ambito delle forniture in gara dei diabetici di tipo 2 insulino trattati”, così come gli stessi avrebbero evidenziato “la criticità di dover effettuare lo switch dei prodotti a seguito di aggiudicazione della procedura, sia in considerazione del nuovo sistema di prescrizione, che in considerazione del carico di lavoro necessario per il corretto adeguamento del paziente, ciò che smentirebbe quanto sostenuto da Arca, in ordine alla condivisione della gara da parte di tutti i medici prescrittori”, evidenziandosi, in definitiva, come gli stessi “non riconoscono nella gara lo strumento adatto”.

Ritiene il Collegio che dette doglianze siano inammissibili, non essendo contenute in un motivo di ricorso, quanto invece in una memoria non notificata.

Quanto alle associazioni ricorrenti, in data 18.1.2016 le stesse hanno inoltrato una diffida alla regione Lombardia

ed ad Arca S.p.a., a non indire la gara oggetto del presente giudizio, allegando sostanzialmente i medesimi argomenti contenuti nel ricorso, che essendo infondati, per le ragioni che si sono evidenziate, rendono irrilevante, in parte qua, anche la presente doglianza.

X) Infine, i ricorrenti richiedono, ex art. 89 c. 2 c.p.c., la cancellazione di espressioni ritenute offensive, contenute a pag. n. 39 della memoria del 26.7.2016, in cui la difesa di Arca ha affermato che “unico messaggio leggibile nel ricorso di controparte non è la tutela della salute, ma la tutela di interessi che nulla hanno a che vedere con essa, e che molto hanno a che vedere con il mantenimento di uno status quo che giova al mercato, che finanzia le associazioni di categoria, ma non ai pazienti e alle finanze pubbliche”.

Ritiene il Collegio che l'istanza vada respinta, atteso che le soprariportate affermazioni, lungi dal riferirsi all'attività ed agli scopi delle associazioni, son o invece specificamente indirizzate avverso le posizioni dalle stesse assunte nel corso del presente giudizio, potendo pertanto richiamarsi il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la cancellazione va disposta allorquando le espressioni utilizzate siano dettate da un incompsto intento dispregiativo e rilevino, pertanto, un'esclusiva volontà offensiva nei confronti della controparte, non bilanciata da alcun profilo di attinenza, anche indiretta, con la materia controversa (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 15.1.2014, n. 66), ciò che, come

detto, non sussiste nel caso di specie.

In conclusione, il ricorso va pertanto respinto.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio, in considerazione della novità delle questioni.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 22, c. 8 D.Lg.s. 196/2003, 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 Milano nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

Fabrizio Fornataro, Consigliere

L'ESTENSORE
Mauro Gatti

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.