



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 33 del 2018, proposto da Nova Salus S.R.L, Ortoteck S.R.L, Ortopedia Val D'Agri S.R.L, Orthovis Off. Ort. di Guido Mario, Ortopedia Sanitaria Frascella S.N.C, Nuova Ortopedia Lucana S.R.L, Sentire S.A.S di Ciro Chietera & C., Ortopedia Riabilitha di Smaldore Nicola, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Silvia Stefanelli, con domicilio digitale presso [s.stefanelli@ordineavvocatibopec.it](mailto:s.stefanelli@ordineavvocatibopec.it);

contro

Regione Basilicata, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del bando di gara, pubblicato in data 15/12/2017, avente ad oggetto la "Procedura aperta per l'affidamento della fornitura in somministrazione, agli utenti aventi diritto, di ausili per le prestazioni di assistenza integrativa e protesica di cui al DPCM 12 gennaio 2017, occorrenti per le aziende sanitarie della Regione Basilicata SIMOG n. 6925706, relativamente ai "lotti 1, 5, 7 e 9", unitamente alla documentazione di gara riguardante i medesimi lotti e precisamente il Disciplinare, il Capitolato Speciale, il Capitolato Tecnico e l'Allegato 1 "caratteristiche minime della fornitura", nella parte in cui contengono disposizioni contrarie alla normativa in materia di dispositivi ortopedici "adattabili", ai sensi dell'art. 17 DPCM 12 gennaio 2017, nonché, con riserva di motivi aggiunti, di ogni altro atto comunque connesso, presupposto o

conseguente, anche non cognito;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'ordinanza di questo Tribunale n. 223 del 27 marzo 2018, recante la fissazione di un termine alle parti, ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm., per il deposito di memorie relative a questione di inammissibilità rilevata d'ufficio;

Vista la memoria depositata dai soggetti ricorrenti in data 9 aprile 2018;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2018 il dott. Paolo Mariano e udita per le parti ricorrenti l'avv. Lucia Pietragalla, per dichiarata delega dell'avv. Stefanelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La Regione Basilicata, in qualità di stazione unica appaltante, con bando pubblicato in data 15/12/2017, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della *“fornitura in somministrazione, agli utenti aventi diritto, di ausili per le prestazioni di assistenza integrativa e protesica di cui al DPCM 12 gennaio 2017, occorrenti per le aziende sanitarie della Regione Basilicata”*, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi degli artt. 60 e 95 del D.lgs. n. 50/2016.

In particolare, costituiscono oggetto della fornitura i dispositivi protesici inclusi negli elenchi 2A e 2B (ausili tecnologici di fabbricazione continua o di serie) del nomenclatore di cui all'allegato 5 del DPCM 12 gennaio 2017 (Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502).

Il Capitolato Tecnico, all'art. 7, ha previsto che, nel rispetto di quanto previsto dal DPCM 12 gennaio 2017, l'eventuale adattamento e/o personalizzazione degli ausili oggetto della fornitura, ove necessario, deve essere eseguito da *“professionisti abilitati all'esercizio della professione sanitaria o arte sanitaria ausiliaria, nel rispetto dei compiti individuati dai rispettivi profili professionali”*, specificando altresì che la remunerazione di detta prestazione deve essere compresa nel costo della fornitura e, dunque, non comportare ulteriori oneri per le aziende sanitarie.

2. Con il ricorso introduttivo i soggetti ricorrenti, esercenti attività di adattamento e/o personalizzazione degli ausili protesici, chiedono l'annullamento degli atti impugnati, relativamente ad alcuni dei lotti funzionali di cui si compone la gara, aventi ad oggetto, in particolare, gli "Ausili personali e per mobilità personale" (Lotto 1), gli "Ausili per terapia personale" (Lotto 5), gli "Ausili per la mobilità" (Lotto 7) e gli "Ausili per l'udito" (Lotto 9).

A tal fine deducono i seguenti motivi:

*a) Violazione dell'art. 17, comma 4, del DPCM 12 gennaio 2017 in combinato disposto con l'art. 7 del capitolato speciale di gara, nonché con l'art. 4 e 83 del d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere nell'utilizzo dell'appalto misto per l'aggiudicazione dei dispositivi medici adattabili di cui all'elenco 2A.*

L'appalto in questione sarebbe nella sostanza, per quanto non esplicitato dalla stazione appaltante, un appalto di tipo misto, comprendente due differenti tipologie di prestazioni (la fornitura del dispositivo medico, nonché la successiva prestazione di adattamento da parte del tecnico ortopedico), sicché la documentazione di gara avrebbe dovuto richiedere, oltre al possesso dei requisiti di capacità tecnico economica in capo alla ditta esecutrice della fornitura, anche un elenco dei professionisti sanitari incaricati del servizio di adattamento, in modo da verificarne in concreto l'effettiva rispondenza agli *standard* qualitativi previsti per legge. Inoltre, il bando avrebbe dovuto prescrivere l'adozione, da parte dell'azienda fornitrice, di modalità di scelta del professionista incaricato di adattare la protesi trasparenti e rispettose della parità di trattamento, escludendo criteri squisitamente economici.

*b) Violazione dell'art. 32 Cost., in combinato disposto con la l. n. 833 del 1978, nonché del d.lgs. 502/1992.*

L'indizione della gara così strutturata violerebbe, sotto molteplici aspetti, il diritto di determinazione del paziente, limitandone irrimediabilmente l'accesso alle cure sotto il versante della scelta del professionista a cui rivolgersi per l'adattamento e la personalizzazione della protesi.

*c) Violazione degli art. 17 e 64 del DPCM 12 gennaio 2017 in combinato disposto con la DGR Basilicata n. 600 del 30/06/2017.*

Tenuto conto della disciplina transitoria contenuta nell'art. 64 del citato DPCM, l'amministrazione regionale non avrebbe ancora potuto bandire, in assenza delle specifiche norme attuative, una gara in cui potessero figurare dispositivi di cui agli elenchi 2A e 2B, per i quali si sarebbe dovuto continuare ad applicare il sistema a tariffazione.

3. La Regione Basilicata non si è costituita in giudizio.

4. All'udienza del 21 marzo 2018 il Collegio ha rilevato d'ufficio, ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm., una possibile questione di

inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, assegnando alle parti con successiva ordinanza termine per memorie.

La causa è stata quindi trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Preliminarmente, tenuto conto delle precisazioni esposte nella memoria del 9 aprile 2018, si ritiene superata la questione di inammissibilità del ricorso rilevata in udienza pubblica.

1.1. Invero, è certamente attuale e persuasivo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 29 gennaio 2003, n. 1 (confermato da Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4, nonché dalla recentissima Adunanza Plenaria 26 aprile 2018, n. 4), secondo cui l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando di gara deve essere limitato esclusivamente a quelle concernenti i requisiti di partecipazione alla medesima procedura selettiva (cd clausole escludenti), con conseguente inammissibilità dei ricorsi diretti a contestare altri profili della *lex specialis*, tra cui i criteri di aggiudicazione in quanto, versandosi nello stato iniziale ed embrionale della procedura, non vi sarebbe né prova né indizio della circostanza che l'impugnante non sarebbe prescelto quale aggiudicatario con certezza.

1.2. Tuttavia, nel caso in esame, seguendo la prospettazione ricorsuale, si evince che i soggetti ricorrenti intendono contestare i contenuti del bando non nella qualità di partecipanti alla procedura (non essendo aziende produttrici o distributrici dei dispositivi ortopedici seriali per cui è causa), bensì nella qualità di esercenti un'attività, di adattamento e personalizzazione degli ausili protesici, che non costituisce l'oggetto dell'affidamento (rappresentato dalla fornitura di detti dispositivi di fabbricazione continua o di serie).

1.3. In tale veste, i ricorrenti fanno valere non l'interesse alla partecipazione alla procedura o all'aggiudicazione della gara (nel qual caso il ricorso, in adesione all'orientamento tradizionale, si esporrebbe ad una declaratoria di inammissibilità), ma un interesse connesso allo svolgimento della loro attività specialistica a condizioni diverse e più vantaggiose rispetto a quelle configurate dalla stazione appaltante nella documentazione di gara. Il bisogno di tutela giurisdizionale viene così collegato alla commercializzazione di un servizio in favore dell'aggiudicatario (T.A.R. Venezia sez. I 05 febbraio 2003, n.1082) e, per tale via, al pregiudizio di mercato che le ricorrenti subirebbero in conseguenza della stessa strutturazione della gara e dei contenuti del successivo rapporto contrattuale tra le Aziende sanitarie e l'aggiudicatario, prescindendo del tutto dall'identità di quest'ultimo.

1.4. Tale esigenza di tutela non appare, *in limine*, priva dei caratteri dell'attualità e della concretezza.

2. Il ricorso è comunque, nel merito, infondato per le ragioni di seguito esposte.

3. Giova una sintetica ricognizione del quadro normativo di riferimento, essenzialmente desumibile dal DPCM 12 gennaio 2017, decreto che costituisce il principale paradigma di legalità della procedura di gara in contestazione.

3.1. Rilevano, in particolare: i) l'art. 17 del decreto, recante la disciplina generale dell'assistenza protesica; ii) il successivo Allegato 12, recante le modalità di erogazione delle prestazioni di assistenza protesica.

3.2. L'art. 17 dispone, al comma 1, che *“Il Servizio sanitario nazionale garantisce ... le prestazioni sanitarie che comportano l'erogazione di protesi, ortesi ed ausili tecnologici nell'ambito di un piano riabilitativo-assistenziale volto alla prevenzione, alla correzione o alla compensazione di menomazioni o disabilità funzionali (...).”*

3.2.1. Il comma 2 della medesima disposizione prevede che *“Il nomenclatore di cui all'allegato 5 contiene gli elenchi delle prestazioni e delle tipologie di dispositivi ... erogabili dal Servizio sanitario nazionale. Il nomenclatore riporta, per ciascuna prestazione o tipologia di dispositivo, il codice identificativo, la definizione, la descrizione delle caratteristiche principali, eventuali condizioni o limiti di erogabilità, eventuali indicazioni cliniche prioritarie volte a migliorare l'appropriatezza della prescrizione. Le prestazioni e i dispositivi sono erogabili nei limiti e secondo le indicazioni cliniche e d'uso riportate nel nomenclatore”*.

3.2.2. Il successivo comma 3 stabilisce che *“Il nomenclatore contiene: a) le protesi e le ortesi costruite o allestite su misura da un professionista abilitato all'esercizio della specifica professione sanitaria o arte sanitaria ausiliaria, gli aggiuntivi e le prestazioni di manutenzione, riparazione, adattamento o sostituzione di componenti di ciascuna protesi o ortesi. I dispositivi e le prestazioni di cui alla presente lettera sono indicati nell'elenco 1; b) gli ausili tecnologici di fabbricazione continua o di serie, indicati nell'elenco 2A, che, a garanzia della corretta utilizzazione da parte dell'assistito in condizioni di sicurezza, devono essere applicati dal professionista sanitario abilitato; c) gli ausili tecnologici di fabbricazione continua o di serie, pronti per l'uso, che non richiedono l'applicazione da parte del professionista sanitario abilitato, indicati nell'elenco 2B”*.

3.2.3. Il comma 4, inoltre, precisa che *“Nel caso in cui risulti necessario l'adattamento o la personalizzazione di un ausilio di serie, la prestazione è prescritta dal medico specialista ed eseguita, a cura dei soggetti aggiudicatari delle procedure pubbliche di acquisto degli ausili, da professionisti abilitati all'esercizio della professione sanitaria o arte sanitaria ausiliaria, nel rispetto dei compiti individuati dai rispettivi profili professionali”*.

3.3. Delineato in tal modo il quadro prestazionale, l'Allegato 12 al decreto disciplina, tra le altre cose, la procedura di erogazione (art. 1) e, più nel dettaglio, la fornitura dei dispositivi di serie di cui agli elenchi 2A e 2B (art. 3), questi ultimi rilevanti ai fini del ricorso.

3.3.1. L'art. 1 dell'Allegato 12 articola la procedura di erogazione nelle fasi di formulazione del piano riabilitativo-assistenziale individuale, di prescrizione, di

autorizzazione, di erogazione, di collaudo e di *follow-up* (comma 1). Esso riserva al medico specialista, in collaborazione con la sua *equipe* multidisciplinare “*sulla base delle esigenze espresse dall'assistito*”, la formulazione del piano riabilitativo-assistenziale (comprendente l'indicazione della patologia, la diagnosi funzionale delle specifiche menomazioni o disabilità, la descrizione del programma di trattamento e degli esiti attesi dall'*equipe* e dall'assistito, la tipologia di dispositivo, con i relativi codici identificativi della tipologia, e gli adattamenti o le personalizzazioni eventualmente necessari, i modi e i tempi d'uso del dispositivo, l'eventuale necessità di aiuto o supervisione nell'impiego, le possibili controindicazioni e i limiti di utilizzo ai fini della risposta funzionale, l'indicazione delle modalità di *follow-up* del programma e di verifica degli esiti ottenuti rispetto a quelli attesi dall'*equipe* e dall'assistito), della cui conduzione e verifica periodica egli rimane responsabile (commi 3 e 4). Il medico specialista prescrive inoltre la prestazione di assistenza protesica che comporta l'erogazione dei dispositivi contenuti nel nomenclatore (comma 5), ove necessari, “*l'allestimento, l'adattamento o la personalizzazione di un ausilio di serie*”.

3.3.2. L'art. 3 del medesimo Allegato 12 prevede che il medico che prescrive i dispositivi di serie di cui agli elenchi 2A e 2B del nomenclatore deve riportare “*la definizione e il codice corrispondente alla tipologia del dispositivo*” (comma 1). In attesa dell'istituzione del Repertorio dei dispositivi di serie, per l'erogazione dei dispositivi di cui agli elenchi 2A e 2B e per la determinazione dei prezzi di acquisto, “*le Regioni e le aziende sanitarie locali stipulano contratti con i fornitori aggiudicatari delle procedure pubbliche di acquisto espletate secondo la normativa vigente*” (comma 2).

3.3.3. Inoltre, lo stesso comma dà corpo, in funzione dell'espletamento delle gare pubbliche, alle esigenze di personalizzazione e di adattamento degli ausili, di mantenimento in efficienza degli stessi e di garanzia della disponibilità di un elevato numero di modelli erogabili, stabilendo che “*i capitolati di gara prevedono che i soggetti aggiudicatari assicurino, quando prescritto dal medico e in ogni caso per la fornitura di apparecchi acustici, l'adattamento o la personalizzazione dei dispositivi da parte di professionisti sanitari abilitati all'esercizio della specifica professione o arte sanitaria ausiliaria, nonché la manutenzione, la riparazione o la sostituzione di componenti dei dispositivi stessi. Nella valutazione delle offerte le regioni e le aziende sanitarie locali adottano criteri di ponderazione che garantiscano la qualità delle forniture, la durata del periodo di garanzia oltre quello fissato dalla normativa di settore, la capillarità della distribuzione e la disponibilità di una gamma di modelli idonei a soddisfare le specifiche esigenze degli assistiti*”.

4. Esaurita la preliminare ricognizione del quadro regolamentare di riferimento, è possibile passare all'esame dei motivi di ricorso proposti.

5. Quanto al primo, si osserva che la configurazione dell'appalto nei termini denunciati costituisce diretto portato della richiamata disciplina regolamentare,

dotata di un'elevata portata conformativa dei contenuti della procedura, talché le corrispondenti scelte della stazione appaltante si presentano *ictu oculi* legittime.

5.1. Invero, il fulcro centrale del DPCM 12 gennaio 2017, per quanto direttamente rilevante in questa sede, risiede per l'appunto nella classificazione dei dispositivi protesici, differenziati tra dispositivi costruiti o allestiti su misura (elenco 1) e dispositivi di fabbricazione continua o di serie (elenchi 2A e 2B).

5.2. Tale distinzione, che riflette l'intrinseca natura della protesi, rileva, nel disegno regolamentare, sotto due concomitanti profili:

i) quello dell'identificazione del soggetto che eroga la prestazione assistenziale: il professionista abilitato, nel caso dei dispositivi su misura; il fornitore, nel caso dei dispositivi di serie (al quale compete altresì l'eventuale adattamento o personalizzazione della protesi, sia pure mediante un professionista abilitato);

ii) quello del sistema di affidamento della fornitura: a tariffario, nel caso dei dispositivi su misura; ad evidenza pubblica, nel caso dei dispositivi di serie (su cui, *infra*, par. 7).

5.3. Per quanto riguarda il primo profilo, è di meridiana evidenza che la somministrazione dei dispositivi di serie ruota attorno alla figura dell'aggiudicatario della fornitura, del quale il professionista abilitato è sostanzialmente un ausiliario per lo svolgimento dell'eventuale opera di adattamento o personalizzazione della protesi. Attività che, come precisato, rientra nel perimetro della fornitura ("*la prestazione è (...) eseguita, a cura dei soggetti aggiudicatari delle procedure pubbliche di acquisto degli ausili*") e non costituisce, dunque, l'oggetto di un supposto appalto misto.

5.3.1. Tale configurazione è espressione di una precisa opzione regolamentare, peraltro in questa sede non contestata, che trova ragionevole giustificazione nella natura seriale dei dispositivi e, dunque, nella possibilità di affidare, mediante gara pubblica, la loro somministrazione direttamente al produttore. A questi compete, nell'ambito della sua autonoma organizzazione imprenditoriale, l'individuazione (che non è indiscriminata, per quanto si dirà tra breve) delle professionalità occorrenti per lo svolgimento delle prestazioni strumentali di adattamento e personalizzazione delle protesi.

5.3.2. Ne consegue che tale attività si colloca esclusivamente nel versante interno della fornitura, non potendo rispetto ad essa acquisire, come preteso dai soggetti ricorrenti, alcuna specifica rilevanza né in sede di gara (attraverso la richiesta di una diretta valutazione da parte della stazione appaltante dei singoli professionisti), né nella successiva esecuzione del rapporto di fornitura (mediante la richiesta di una procedimentalizzazione pubblicistica della scelta dei professionisti da parte dell'appaltatore).

5.3.3. L'impostazione seguita dalla stazione appaltante va esente da censure ove la si raffronti con le richiamate previsioni del DPCM (*rectius*, art. 3 dell'Allegato 12), recanti la dettagliata enucleazione dei profili che devono assumere rilevanza ai fini della ponderazione qualitativa delle offerte ("*la qualità delle forniture, la durata del periodo di garanzia oltre quello fissato dalla normativa di settore, la capillarità della distribuzione e la disponibilità di una gamma di modelli idonei a soddisfare le specifiche esigenze degli assistiti*"). Nel medesimo contesto e, dunque pur sempre nell'ottica di considerazione della componente qualitativa delle offerte, si prescrive che "*i capitolati di gara prevedono che i soggetti aggiudicatari assicurino (...) l'adattamento o la personalizzazione dei dispositivi da parte di professionisti sanitari abilitati all'esercizio della specifica professione o arte sanitaria ausiliaria, nonché la manutenzione, la riparazione o la sostituzione di componenti dei dispositivi stessi*" (in termini analoghi dispone l'art. 17, comma 4, del DPCM).

5.3.4. Orbene, il capitolato di gara in contestazione ha contenuti del tutto conformi alle esposte prescrizioni, stabilendo, per quanto riguarda la rilevanza qualitativa dell'attività adattiva, che la stessa debba essere svolta da professionisti in possesso di specifica abilitazione.

5.4. D'altra parte, una simile impostazione non comporta alcuna *deminutio* della figura dello specialista incaricato dell'attività di adattamento o personalizzazione dei dispositivi, considerato che, secondo quanto già condivisibilmente rilevato proprio in altra controversia inerente la procedura di gara di cui al presente giudizio (T.A.R. Lazio Roma sez. III quater 16 aprile 2018, n. 4186), la normativa in questione delinea con precisione l'ambito di azione del professionista con riguardo allo specifico oggetto contrattuale.

5.5. Né da essa discende alcuna sfavorevole incidenza sul livello qualitativo della somministrazione del dispositivo protesico, ove si consideri che:

i) la prestazione sanitaria dovrà essere nel suo complesso, ivi comprese le eventuali attività adattive, conforme agli *standard* qualitativi richiesti dal nomenclatore e dal disciplinare di gara;

ii) la disciplina regolamentare (puntualmente recepita nel capitolato tecnico) esige che l'attività adattiva non venga resa dal *quisque de populo* (come infondatamente temuto dai soggetti ricorrenti), bensì, come più volte evidenziato, da "*professionisti sanitari abilitati all'esercizio della specifica professione o arte sanitaria ausiliaria*".

5.5.1. Quest'ultimo aspetto assume una decisiva rilevanza, in quanto la necessaria qualificazione professionale dei soggetti incaricati dell'adattamento o della personalizzazione dei dispositivi seriali è idonea a soddisfare appieno l'esigenza che tale prestazione strumentale sia qualitativamente apprezzabile. L'oggettiva adeguatezza di tale profilo, espressione peraltro della già richiamata opzione regolamentare, esclude che la documentazione di gara debba esigere, allo scopo di misurare la competenza specialistico-professionale

di detti soggetti, ulteriori requisiti.

5.5.2. La correttezza del dato è avvalorata dalla considerazione per cui, a tali fini, appare del tutto ragionevole affermare la sostanziale equivalenza professionale tra soggetti in possesso di identiche abilitazioni pubblicistiche. Opinare in senso contrario implicherebbe l'adozione di criteri connotati da arbitrarietà e contraddittorietà rispetto al dato di sistema.

5.6. Alla luce delle argomentazioni dianzi esposte, il primo motivo di ricorso deve essere respinto.

6. Quanto al secondo motivo di ricorso, le considerazioni già estese in merito alla ritenuta conformità della documentazione di gara al paradigma regolamentare privano di pregio l'ulteriore censura relativa alla supposta violazione del diritto del paziente a sottoporsi ad una prestazione sanitaria, condivisa anche in relazione ai rischi e ai risultati conseguibili, secondo la diligenza qualificata del professionista.

6.1. Si è già evidenziato che, nell'ambito della somministrazione dei dispositivi di serie, la peculiare configurazione del ruolo del professionista incaricato dell'attività di adattamento e personalizzazione della protesi (*"abilitato all'esercizio della specifica professione o arte sanitaria ausiliaria"*) e dei rapporti tra detto professionista e il paziente fruitore della prestazione terapeutica (la prestazione è eseguita *"a cura dei soggetti aggiudicatari delle procedure pubbliche di acquisto degli ausili"*) trovano preciso fondamento nell'opzione regolamentare, non contestata in questa sede, di cui al DPCM 12 gennaio 2017 (cfr. art. 17, comma 4).

6.2. D'altra parte, deve ritenersi che tale assetto non abbia ricadute sfavorevoli sulla qualità della prestazione terapeutica, né determini intollerabili compromissioni ai diritti fondamentali del paziente, considerato che il sistema così delineato tiene in debito conto le esigenze di personalizzazione e di adattamento di quest'ultimo. Il paziente, infatti, è coinvolto fin dalla fase della predisposizione del piano riabilitativo-assistenziale, così come rimangono ulteriormente garantite, sia in fase di fornitura, sia in fase di adattamento, i suoi bisogni in termini di personalizzazione dei dispositivi mediante l'attività dei professionisti sanitari abilitati (T.A.R. Lazio Roma sez. III quater 16 aprile 2018, n. 4186).

6.3. Inoltre, è del tutto ragionevole che l'eterogeneità dei dispositivi (su misura e seriali) abbia un riflesso sull'intensità della relazione terapeutica tra paziente e professionista che sarà certamente più accentuata nel caso di dispositivi su misura. Per essi soltanto, infatti, la tipologia di prestazione specialistica richiesta ed il correlato regime di somministrazione a tariffario consentono la libera scelta del professionista da parte del paziente.

6.4. Per converso, con riferimento ai dispositivi di cui agli elenchi 2A e 2B, la

natura seriale della protesi, il carattere soltanto eventuale dell'adattamento e la previsione per cui l'attività adattiva avviene a cura del fornitore selezionato con metodo competitivo escludono, in modo certamente non irragionevole, che l'individuazione dello specialista chiamato allo svolgimento dell'attività adattiva possa essere ad appannaggio dell'assistito (che d'altra parte, a tacer d'altro, in generale non ha il diritto di scegliere l'ospedale in cui verrà ricoverato, il medico che lo visiterà o il chirurgo che lo opererà).

6.5. La scelta da parte del fornitore, d'altronde, se si considera la necessaria qualificazione professionale del soggetto incaricato dell'opera adattiva, non è un elemento in grado di escludere la piena adeguatezza dello *standard* qualitativo della prestazione sanitaria che viene resa al paziente.

6.6. Anche tale motivo, dunque, non merita accoglimento.

7. Quanto al terzo motivo di ricorso, si è già illustrato come uno dei tratti qualificanti dell'assetto riveniente dal DPCM 12 gennaio 2017 sia l'apertura concorrenziale della somministrazione dei dispositivi protesici di serie, mediante la previsione di un sistema ad evidenza pubblica (che, si soggiunge, è il modo ordinario col quale le pubbliche amministrazioni acquisiscono beni e prestazioni).

7.1. Anche *in parte qua*, dunque, il bando impugnato costituisce il portato di un'opzione che trova immediato fondamento nel testo regolamentare, secondo cui *"le Regioni e le aziende sanitarie locali stipulano contratti con i fornitori aggiudicatari delle procedure pubbliche di acquisto espletate secondo la normativa vigente"* (cfr. artt. 17, comma 4 e art. 3, comma 2, dell'Allegato 12). Della legittimità di tali disposizioni, alla luce delle censure proposte, non si fa questione.

7.2. Né è possibile condividere l'argomento ricorsuale secondo cui le stesse non sono immediatamente precettive.

7.2.1. Invero, la disciplina transitoria contenuta nell'art. 64, comma 3, del decreto stabilisce che *"Le disposizioni in materia di erogazione di dispositivi protesici inclusi nell'elenco 1 di cui al comma 3, lettera a) dell'art. 17, entrano in vigore dalla data di pubblicazione del decreto del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, da adottarsi ai sensi dell'art. 8-sexies, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 e s.m.i., per la definizione delle tariffe massime delle prestazioni previste dalle medesime disposizioni"*.

7.2.2. L'interpretazione di tale disposizione lascia chiaramente desumere che il differimento di vigenza riguardi soltanto le regole relative ai dispositivi inclusi nell'elenco 1, indicati nella lettera a) del comma 3 dell'art. 17 cit., non quelle concernenti i dispositivi di cui agli elenchi 2A e 2B, indicati nelle lettere b) e c) del medesimo comma.

7.2.3. Non contrasta con tale risultato ermeneutico il comunicato del Ministero

della Salute invocato dalle ricorrenti, considerato che lo stesso, in coerenza con la sua natura non normativa, si limita a ribadire il contenuto della richiamata disciplina transitoria, applicabile per quanto detto alle sole prestazioni di assistenza protesica su misura, in relazione alle quali occorre la previa determinazione amministrativa delle tariffe massime.

7.3. Inoltre, non ha alcun pregio la ritenuta arbitrarietà della classificazione dei dispositivi ortopedici da parte della stazione appaltante, che avrebbe operato in totale autonomia ed in assenza della normativa di attuazione, posto che la classificazione risultante dalla documentazione di gara riflette quella contenuta nel nomenclatore (Allegato 5 del DPCM 12 gennaio 2017), recante la dettagliata ripartizione degli ausili negli elenchi 1, 2A e 2B. Talché è fuor di dubbio che la Regione abbia agito entro un quadro descrittivo adeguatamente determinato.

7.4. Le richiamate disposizioni debbono ritenersi, dunque, immediatamente vigenti, con conseguente obbligo per la stazione appaltante di aggiudicare, sin da subito, la fornitura dei dispositivi protesici di cui ai predetti elenchi mediante gara pubblica.

7.5. Anche tale motivo di censura è, pertanto, infondato.

8. In conclusione, il ricorso va respinto per le esposte motivazioni.

9. Non essendosi costituita l'amministrazione resistente, nulla deve essere disposto per le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Potenza nelle camere di consiglio dei giorni 21 marzo 2018 e 18 aprile 2018, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Paolo Mariano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE  
Paolo Mariano

IL PRESIDENTE  
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO