

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER IL LAZIO – ROMA
SEZIONE III QUATER - RG 7650/2023
ISTANZA CAUTELARE COLLEGALE EX ART. 55 C.P.A.
CON CONTESTUALE RICHIESTA DI PRELIMINARI
MISURE MONOCRATICHE EX ART. 56 C.P.C.

PER:

GERHO' S.P.A., con sede in Bolzano (BZ), Via Luigi Negrelli 4 (C.F. / P.I. 02668590215), in persona del legale rappresentante *pro tempore* **DIETRICH GALLMETZER**, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente tra loro, dagli Avv.ti **MICHELANGELO ORTORE** (C.F. *RTRMHL71M03F443N*) e **STEFANO ASCIONI** (C.F. *SCNSFN55R02H501Z*) ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Viale Giulio Cesare 95, in virtù di procura speciale in atti, dichiarandosi di voler ricevere gli avvisi di cui agli art. 133, 134 e 173 c.p.c. a mezzo fax n. 06-62209994 o agli indirizzi di P.E.C.: ***michelangelo.ortore@altoadigepec.it*** e ***rup.ascionistefano@pec.it***

CONTRO:

PROVINCIA AUTONOMA di BOLZANO – ALTO ADIGE con sede in Bolzano, Piazza Silvius Magnago n. 1 in persona del Presidente *pro tempore* dott. **ARNO KOMPATSCHER**, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Alexandra Roilo, Laura Fadanelli, Michele Purrello e Gianluigi Tebano, con domicilio fisico presso la sede a Bolzano, Piazza Silvius Magnago n. 1, ex Decreto del Presidente della Provincia 24 ottobre 2013, n. 31 e con domicilio digitale presso l'indirizzo di PEC anwaltschaft.avvocatura@pec.prov.bz.it

PER L'ANNULLAMENTO:

A) del **DECRETO** del Direttore di Dipartimento alla Salute, Banda larga e Cooperative, numero 24408/2022, che quantificava con gli Allegati un totale di € **343.093,02** l'importo dovuto dalla **GERHO' S.p.A.** per il ripiano del *payback* per gli esercizi 2015, 2016, 2017 e 2018, invitando la stessa al pagamento entro 30

(trenta) giorni dalla pubblicazione;

B) di tutti documenti endoprocedimentali prodromici al già menzionato provvedimento impugnato nonché di ogni altro atto precedente, conseguente e/o comunque, connesso a quello impugnato, ancorché non conosciuti e richiamati nel citato provvedimento, con riserva di agire per il risarcimento dei danni subiti e subendi ai sensi dell'articolo 28 della Costituzione nei confronti del R.U.P. e, comunque, dei funzionari che hanno posto in essere la condotta illegittima in violazione di legge.

NONCHE'

1) Per la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'articolo 9 ter "*Razionalizzazione della spesa per beni e servizi, dispositivi medici e farmaci*" del decreto-legge n. 78 del 2015 (convertito in legge n. 125 del 2015), tenuto conto della modifica introdotta dall'articolo 18 del decreto aiuti-bis (contenuto nel decreto-legge 09 agosto 2022, n. 115, convertito con la legge 21 settembre 2022 n. 142), che ha modificato in parte l'articolo 9-ter in questione e introdotto il comma 9-bis, previa rimessione alla Corte Costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale, previa delibazione di rilevanza e non manifesta infondatezza, relativamente agli articoli 3, 23, 42, 53, 97, 117, 1° comma della Costituzione.

2) e/o di rinvio pregiudiziale, ex articolo 267 TFUE, dinanzi alla Corte di Giustizia UE, per la violazione riguardante gli articoli 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e per la violazione dei principi comunitari di cui alla Direttiva 2014/24/UE, segnatamente di remuneratività e immodificabilità dei contratti pubblici o comunque della sua diretta disapplicazione da parte del giudice nazionale per incompatibilità con la normativa comunitaria.

a) In data 30 gennaio 2023, è stato notificato alla Provincia Autonoma di Bolzano ricorso avanti il Tribunale di Giustizia Amministrativa del Trentino-Alto Adige – Bolzano, iscritto al n. di R.G. 23/2023, avente ad oggetto l'impugnativa degli atti sopra indicati.

- b)** Con ordinanza n. 00144/2023 Reg. Prov. Coll., pubblicata il 09.05.2023, il Tribunale di Giustizia Amministrativa del Trentino-Alto Adige – Sezione Autonoma di Bolzano – ha dichiarato la propria incompetenza per territorio, indicando quale giudice competente il TAR del Lazio, Sede di Roma.
- c)** La società ricorrente riassumeva quindi il giudizio innanzi al giudice dichiarato competente.
- d)** Con il D.L. n. 4/2023, il cui art. 1 ha modificato il comma 9-bis dell'articolo 9-ter del D.L. 19 giugno 2015, n. 78 e ss.mm.ii., la previsione del termine di trenta giorni dalla pubblicazione dei provvedimenti regionali e provinciali è stata sostituita dalla seguente previsione: “[*]e aziende fornitrici assolvono ai propri adempimenti in ordine ai versamenti in favore delle singole regioni e province autonome entro il 30 aprile 2023”.*
- e)** Con il D.L. 34/2023 c.d. Decreto Energia del 28 marzo 2023, veniva disposta una ulteriore proroga al 30 giugno 2023, disponendo all'art. 8 “3. *Le aziende fornitrici di dispositivi medici, che non hanno attivato contenzioso o che rinunciano al contenzioso eventualmente attivato, versano a ciascuna regione e provincia autonoma, entro il 30 giugno 2023, la restante quota rispetto a quella determinata dai provvedimenti regionali e provinciali di cui all'articolo 9-ter, comma 9-bis, quarto periodo, del decreto-legge 19 giugno 2015, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, nella misura pari al 48 per cento dell'importo indicato nei predetti provvedimenti regionali e provinciali. Per le aziende fornitrici di dispositivi medici che non rinunciano al contenzioso attivato, resta fermo l'obbligo del versamento della quota integrale a loro carico, come determinata dai richiamati provvedimenti regionali o provinciali. In caso di inadempimento da parte delle aziende fornitrici di dispositivi medici a quanto disposto dal primo periodo e dal secondo periodo del presente comma, restano ferme le disposizioni di cui al quinto e sesto periodo del medesimo articolo 9-ter, comma 9-bis.”.*
- f)** In data 26 maggio 2023 veniva pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale la Legge n. 56 di conversione del D.L. n. 4/2023, che ne ha modificato soltanto alcuni

elementi residuali degli artt. 8 e 9, con riferimento in particolare alla definizione dell'importo IVA, che va scorporato in base alle aliquote specifiche oggetto delle fatture.

Tutto ciò premesso, stante la ritenuta fondatezza delle proprie ragioni, per la ricorrente, al fine di evitare i pregiudizi gravi e riparabili che deriverebbero da un esborso tanto esoso, richiesto con un unico e contestuale pagamento, si rende, dunque imprescindibile la presentazione della presente istanza per l'adozione di idonee misure cautelari collegiali.

Sui presupposti per l'adozione di istanza cautelare collegiale ex art. 55 c.p.a. con contestuale richiesta di preliminari misure monocratiche ex art.

56 c.p.a.

Richiamando integralmente quanto già ampiamente dedotto nel ricorso introduttivo, la società ricorrente, onde scongiurare pregiudizi gravi e irreparabili, che dovessero derivare dall'esecuzione del decreto impugnato, connessi agli effetti degli atti e dei provvedimenti impugnati in ricorso, tali da non consentire una dilazione fino alla prima camera di consiglio utile, formula **istanza di adozione di preliminari misure monocratiche ex art. 56 c.p.a., nonché di sospensione del provvedimento stesso.**

A.

Sotto il profilo del *fumus boni juris*, si richiamano i profili di impugnativa già evidenziati in ricorso introduttivo e, segnatamente, si richiama la considerazione che il provvedimento impugnato non consente di comprendere le forniture coinvolte e le voci di determinazione del calcolo prese a riferimento, e quindi ne deriva che lo stesso deve ritenersi viziato per difetto di motivazione.

Deve, peraltro, ritenersi che, per quanto sopra, l'amministrazione provinciale sia incorsa in una errata quantificazione del fatturato attribuito alla ricorrente ed incidente sulla spesa complessiva regionale per acquisto di dispositivi medici.

Palese, quindi, è il difetto dei necessari presupposti di fatto e di diritto per l'attribuzione degli oneri di ripiano nella misura quantificata dalla Provincia Autonoma di Bolzano, nonché l'erroneità di calcoli effettuati.

B.

Sotto il profilo del *periculum in mora*, si evidenzia il pregiudizio grave ed irreparabile che la deducente subirebbe nelle more della definizione del giudizio, per effetto dell'esecuzione dell'impugnato provvedimento di ripiano, nonostante l'avvenuta proroga del termine di pagamento al 30 giugno 2023.

Ciò anche in considerazione dalle richieste provenienti da altre amministrazioni regionali, oggetto di separati ricorsi amministrativi, che complessivamente portano, allo stato e salvo altro, a € 744.651,97 la quota di *payback* di cui è richiesto il rimborso (cfr. doc. n. 04-09).

Quindi, GERHÒ S.P.A., subirebbe comunque un gravissimo pregiudizio economico qualora dovesse effettivamente rimborsare la quota di *payback* ad essa richiesta **o la stessa dovesse essere compensata a norma del D.L. n. 78/2015.**

Come si evince dalla perizia giurata che si allega al presente atto (**doc. n. 01**), la società istante è contemporaneamente esposta a diverse richieste di rimborso, formulate dalle autorità pubbliche e sanitarie, tali da incidere gravemente sulla situazione patrimoniale dell'impresa, fino a comportare la chiusura dei propri bilanci in perdita, con conseguente aumento dei tassi di interesse sugli affidamenti già concessi dalle banche.

La situazione economico - finanziaria della società potrebbe costringere la stessa a rinunciare, anche parzialmente, alle richieste di forniture provenienti da strutture pubbliche, con conseguente contrazione dei ricavi e aggravamento delle criticità.

Da tale situazione deriverà una notevole situazione di difficoltà, che potrebbe sfociare in una vera e propria crisi di impresa, con inevitabili ripercussioni anche sui livelli occupazionali.

La succitata proroga concessa dal Governo, molto breve, non è stata sufficiente a consentire alla deducente di dotarsi dei fondi necessari.

Negli anni dal 2015 al 2018 GERHÒ S.P.A. non ha potuto certo appostare nessun fondo rischi o riserva in assenza di attuazione della norma di cui al D.L. 78/2015,

che ha ingenerato il legittimo affidamento circa la certezza dei rapporti negoziali intercorsi con la Pubblica Amministrazione.

Peraltro, neanche vi avrebbe potuto, per carenza di determinazione dell'indice di sfioramento del tetto definito soltanto nel 2019 in spregio al dettato legislativo che prevedeva la determinazione del medesimo nel mese di settembre di ciascun anno.

In altre parole, le richieste delle amministrazioni provinciali e regionali determinano in capo a GERHÒ S.P.A. una rettifica retroattiva della redditività aziendale, con oneri di entità tale non soltanto da annullare gli utili netti realizzati nel quadriennio ma da compromettere la stabilità della società sul mercato.

GERHÒ S.P.A. vede così messo a rischio il suo equilibrio economico-finanziario per l'anno corrente, dal momento che le somme richieste per le annualità dal 2015 al 2018 gravano tutte sulla cassa e sul bilancio 2023 senza aver potuto accantonare riserve di rischio nei bilanci precedenti e il pagamento è richiesto senza alcuna possibilità di differimento, né di dilazione.

Ciò incide evidentemente anche sulla **continuità aziendale**, visto che la società si trova – praticamente – da un giorno all'altro a dover subire un prelievo forzoso, fino a oggi non prevedibile e nemmeno ipotizzabile nel suo concreto ammontare, con il rischio di non poter far fronte ai debiti assunti.

Ma v'è di più.

Non è difficile cogliere le importanti implicazioni di un simile esborso, che si aggiungerebbe alla significativa diminuzione del fatturato generato nello scorso anno (2022), medesimo trend nell'anno in corso, rispetto alle annualità 2020-2021 interessate da maggiori forniture dettate dall'emergenza pandemica.

Evidenti sono, altresì, le ripercussioni sulla capacità economica e sugli investimenti programmati della società ricorrente, la quale non potrebbe più contare sui propri utili percepiti sui bilanci relativi agli anni 2015-2018, sui quali peraltro la stessa ha puntualmente versato i tributi dovuti.

Le quote di ripiano, sebbene così ingenti, sono state richieste con un orizzonte temporale brevissimo, senza alcuna possibilità di differimento, né di dilazione.

È certo, poi, che dette richieste di pagamento immediato comprometteranno ogni previsione di bilancio fin qui prudentemente operata, imponendo repentini e gravi tagli che potranno anche pregiudicare la capacità della società di operare in un mercato assai competitivo quale quello dei dispositivi medici.

La mancata adozione di un piano di pagamento dilazionato incide sensibilmente sul bilancio della ricorrente, sottraendo in un'unica soluzione risorse altrimenti destinate a soddisfare i vari soggetti che intrattengono rapporti con la deducente (dipendenti, fornitori, creditori). **È evidente, infatti, che tale coatta distrazione di risorse non può che andare a discapito della liquidità necessaria per pagare gli stipendi, i fornitori della società e gli adempimenti fiscali ordinari,** creando un grave ed improvviso stress all'ordinaria gestione dell'impresa e imponendo dolorosi tagli in un settore così rilevante per la salute pubblica e la competitività del Paese.

GERHÒ S.P.A., pur fermamente convinta dell'ingiustizia e illegittimità della disciplina del c.d. *payback*, non ha comunque risorse liquide per corrispondere la quota di riparto richiestale entro il 30 giugno p.v. **correndo così il rischio concreto di subire, già dal 1° luglio 2023, la compensazione prevista dal D.L. n. 78/2015 e già contestata nei ricorsi presentati, con conseguenti gravissime ripercussioni finanziarie tali da comprometterne la continuità aziendale.**

Ciò anche considerato che soltanto con la recente conversione in legge del D.L. n. 34/2023, la ricorrente ha potuto avere esatta e piena contezza del modificato regime *payback* dispositivi medici sia relativamente alle condizioni di adesione alla transazione e dello scomputo dell'iva, sia del termine ultimo per il pagamento di quanto richiesto da parte delle singole Regioni e, pertanto, fin d'ora si concretizza l'estrema gravità e urgenza di cui all'art. 56 c.p.a., stante l'ormai prossima scadenza del 30 giugno.

Infine, non può neppure trascurarsi che, all'esito di procedure di cui è risultata aggiudicataria, GERHÒ S.P.A. ha stipulato vari contratti con strutture sanitarie pubbliche, impegnandosi a fornire dispositivi medici e strumentazione

diagnostica.

Qualora la ricorrente dovesse essere costretta al pagamento delle somme richieste o dovesse subire la compensazione delle partite contabili aperte, potrebbe trovarsi nella situazione di non riuscire ad onorare gli obblighi contrattualmente assunti.

Ciò comporterebbe non poche ripercussioni. Nell'ipotesi, l'interruzione e la mancata erogazione delle prestazioni contrattuali, infatti, potrebbe configurare una grave inadempienza contrattuale con possibili risvolti negativi anche per le partecipazioni a futuri bandi di gara.

L'art. 80, comma 5, lett. c-ter), del D.Lgs. n. 50/2016, applicabile *ratione temporis* alle procedure già indette, prevede una espressa causa di esclusione dalla partecipazione alle gare nei casi in cui *“l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento [...]”*.

L'Ecc.mo Signor Presidente con il recentissimo decreto presidenziale n. 3027 del 13.06.2023 in altro procedimento in materia di payback dispositivi medici, proprio per i motivi ivi illustrati, ha accolto l'istanza cautelare monocratica e per l'effetto sospeso l'esecutività degli atti impugnati – doc. n. 02; cfr. altresì TAR Lazio n. 3201/2023, doc. n. 03).

Precedentemente, sempre in una fattispecie identica a quella oggetto del presente giudizio, il TAR Umbria ha rilevato che *« [...] la domanda cautelare proposta con il ricorso appare suscettibile di positiva definizione, nella parte in cui il provvedimento impugnato impone il pagamento una tantum “degli oneri di riparto del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 [...]”, senza consentire alcuna dilazione annuale degli stessi, gravando così in modo esorbitante sulle finanze dell'azienda fornitrice di detti dispositivi, la quale vedrebbe azzerati i propri utili percepiti su bilanci chiusi da anni, sui quali peraltro la stessa ha puntualmente versato i tributi dovuti, con evidente pregiudizio alla propria sopravvivenza sul*

mercato » (T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, 8 marzo 2023, n. 27).

Tutto ciò previsto e considerando, la GERHO' S.p.A., come in epigrafe rappresentata in difesa,

CHIEDE

che l'Ecc.mo Tribunale Regionale adito, disattesa ogni contraria istanza, deduzione d'eccezione, disponga la sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati e/o adottati ogni altra misura cautelare ritenuta idonea a tutelare l'interesse della ricorrente, previa audizione dei sottoscritti difensori in Camera di Consiglio.

Con vittoria di spese compensi di giudizio.

Con riserva di ulteriori deduzioni e produzioni, produce:

- 01)** Perizia giurata;
 - 02)** decreto presidenziale n. 3027 reso il 12-13 Giugno 2023 dal TAR Lazio – Roma;
 - 03)** decreto presidenziale n. 3201 reso il 22 Giugno 2023 dal TAR Lazio – Roma;
 - 04)** decreto del Direttore del Dipartimento della Salute, Banda Larga e Cooperative della Provincia Autonoma di Bolzano, n. 24408/2022;
 - 05)** determinazione del Dirigente 2022-D337-00238 Dipartimento Salute e Politiche Sociali della Provincia Autonoma di Trento;
 - 06)** determinazione n. 24300 nel 12 dicembre 2022 Regione Emilia-Romagna;
 - 07)** decreto del Direttore del Dipartimento Salute della Regione Marche n. 52 del 14 dicembre 2022;
 - 08)** determinazione del direttore del dipartimento promozione della salute e del benessere animale della Regione Puglia n. 10 del 12 dicembre 2022;
 - 09)** decreto del Direttore Centrale della Direzione Centrale Salute, Politiche Sociali e Disabilità FVG n. 29985/GRFVG del 14 dicembre 2022
- Roma li 26 giugno 2023

Avv. MICHELANGELO ORTORE

Avv. STEFANO ASCIONI