



ROMA – MILANO – PALERMO – BOLOGNA

Ecc.mo

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER IL LAZIO

Sez. III-quater

R.G. n. 14296/2022

Udienza pubblica del 24 ottobre 2023

Motivi aggiunti nel giudizio r.g. n. 14296/2022

Per **ACILIA H.S. S.r.l.** (C.F. 02307060281), con sede legale in Padova, Viale dell'Industria n. 23, in persona del legale rappresentante *pro tempore* Massimo Pasquinucci, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Massimiliano Brugnoletti (C.F. BRGMSM62B25M082W – PEC massimilianobugnoletti@ordineavvocati-roma.org), Luca Costa (C.F. CSTLCU68R26F240G – PEC avv.lucacosta@postecert.it) e Paolo Cavallo (C.F. CVLPLA86P23F205F – PEC paolo.cavallo@milano.pecavvocati.it) ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via A. Bertoloni n. 26 B, nonché presso il sottoindicato indirizzo PEC, giusta procura in atti.

I recapiti per la ricezione delle comunicazioni sono (fax) 06.8074427 e (pec) massimilianobugnoletti@ordineavvocatiroma.org

contro

Ministero della Salute (C.F. 80242250589), in persona del Ministro *pro tempore*;

Ministero dell'Economia e delle Finanze (C.F. 80415740580), in persona del Ministro *pro tempore*;

Presidenza del Consiglio dei Ministri (C.F. 80188230587), in persona del Presidente *pro tempore*;

Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province

autonome di Trento e Bolzano, presso **Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per gli Affari Regionali e le Autonomie** (C.F. 80188230587), in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

Conferenze delle Regioni e delle Province autonome in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

Regione Emilia-Romagna (C.F. 80062590379) in persona del Presidente *pro tempore*;

Regione Emilia-Romagna, Direzione generale Cura della persona, salute e welfare (C.F. 80062590379) in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

Regione Autonoma della Sardegna (CF 80002870923) in persona del legale rappresentante *pro tempore*

Assessorato dell'Igiene e Sanità e dell'Assistenza Sociale della Regione Autonoma della Sardegna (CF 80002870923) in persona del legale rappresentante *pro tempore*

Regione Veneto (C.F. 80007580279) in persona del Presidente *pro tempore*;

Area Sanità e Sociale della Regione Veneto (C.F. 80007580279) in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

Regione Toscana (C.F. 01386030488) in persona del Presidente *pro tempore*;

Regione Toscana – Direzione sanità, welfare e coesione sociale (C.F. 01386030488) in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

Regione Piemonte (C.F. 80087670016) in persona del legale rappresentante *pro tempore*

Provincia Autonoma di Trento (CF 00337460224) in persona del Presidente *pro tempore*;

Dipartimento salute e politiche sociali della Provincia Autonoma di Trento (CF 00390090215) in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

Regione Puglia (C.F. 80017210727) in persona del Presidente *pro tempore*;

Dipartimento Promozione della Salute e del Benessere Animale della Regione Puglia (C.F. 80017210727) in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia (C.F. 80014930327) in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

Direzione centrale salute, politiche sociali e disabilità della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia (C.F. 80014930327) in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige (CF 00390090215) in persona del Presidente *pro tempore*

Dipartimento alla Salute, Banda larga e Cooperative della Provincia Autonoma di Bolzano (CF 00390090215) in persona del legale rappresentante *pro tempore*

nonché nei confronti di

H.S. S.r.l. (C.F. 04094700376), con sede legale in Casalecchio Di Reno (BO), Via Del Lavoro 30/11, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

A. MENARINI DIAGNOSTICS (C.F. 05688870483), in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

per l'annullamento

- del Decreto del Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze del 6 luglio 2022, pubblicato in G.U. n. 216 del 15 settembre 2022, avente ad oggetto “*Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018*”;
- dell'Accordo tra Governo, Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano su proposta del Ministero della Salute, rep. atti n. 181/CSR del 7 novembre 2019;
- per quanto occorrer possa, della Circolare del Ministero della Salute del 29 luglio 2019 prot. N. 22413, non conosciuta;
- della Determinazione del Direttore della Direzione generale Cura della persona, salute e welfare della Regione Emilia- Romagna n. 24300 del 12 dicembre 2022 (prot. 13/12/2022.1226250.U);

- delle seguenti deliberazioni dei Direttori Generali delle Aziende sanitarie regionali con le quali è stato individuato e certificato il fatturato relativo agli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 per singolo fornitore di dispositivi medici, attraverso la rilevazione dei costi, sostenuti per l'acquisto dei dispositivi medici contabilizzati nelle apposite voci dei modelli CE ministeriali di cui al decreto 15 giugno 2012, conservate agli atti del Settore Gestione finanziaria ed economica del SSR della Direzione Generale Cura della Persona, Salute e Welfare, pubblicate sul sito istituzionale: n. 284 del 6 settembre 2019 dell'Azienda Usl di Piacenza; n. 667 del 5 settembre 2019 dell'Azienda Usl di Parma; n. 334 del 20 settembre 2019 dell'Azienda Usl di Reggio Emilia; n. 267 del 6 settembre 2019 dell'Azienda Usl di Modena; n. 325 del 4 settembre 2019 dell'Azienda Usl di Bologna; n. 189 del 6 settembre 2019 dell'Azienda Usl di Imola; n. 183 del 6 settembre 2019 dell'Azienda Usl di Ferrara; n. 295 del 18 settembre 2019 dell'Azienda Usl della Romagna; n. 969 del 3 settembre 2019 dell'Azienda Ospedaliera di Parma; n. 333 del 19 settembre 2019 dell'Azienda Ospedaliera di Reggio Emilia; n. 137 del 5 settembre 2019 dell'Azienda Ospedaliera di Modena; n. 212 del 04/09/2019 dell'Azienda Ospedaliera di Bologna; n. 202 del 5 settembre 2019 dell'Azienda Ospedaliera di Ferrara; n. 260 del 06/09/2019 dell'Istituto Ortopedico Rizzoli;
- della Determinazione n. 1356 del 28 novembre 2022 del Direttore Generale della Sanità dell'Assessorato dell'Igiene e Sanità e dell'Assistenza Sociale della Regione Autonoma della Sardegna, comunicata il 29 novembre 2022;
- della Delibera ARES n. 243 del 15.11.2022, della Delibera ARNAS BROTZU n. 1331 del 15.11.2022, della Delibera AOU Cagliari n. 1020 del 15.11.2022, della Delibera AOU Sassari n. 1044 del 15.11.2022;
- del Decreto del Direttore Generale dell'Area Sanità e Sociale della Regione Veneto n. 172 del 13 dicembre 2022;
- delle seguenti deliberazioni dei Direttori Generali degli Enti del Servizio Sanitario Regionale con i quali è stato validato e certificato il fatturato relativo all'anno di riferimento per singola azienda, non conosciute: Deliberazione n. 1398 del 13 dicembre

2022 del Direttore Generale dell'Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 1 Dolomiti; Deliberazione n. 2330 del 7 dicembre 2022 del Direttore Generale dell'Azienda ULSS n. 2 Marca Trevigiana; Delibera n. 2076 del 12 dicembre 2022 del Direttore Generale dell'Azienda ULSS n. 3 Serenissima; Deliberazione n. 1138 del 9 dicembre 2022 del Direttore Generale dell'Azienda ULSS n. 4 Veneto Orientale, Deliberazione n. 1488 del 7 dicembre 2022 del Direttore Generale dell'Azienda ULSS n. 5 Polesana; Deliberazione n. 826 del 12 dicembre 2022 del Direttore Generale dell'Azienda ULSS n. 6 Euganea; Deliberazione n. 2322 del 9 dicembre 2022 del Direttore Generale dell'Azienda ULSS n. 7 Pedemontana; Deliberazione n. 2001 del 7 dicembre 2022 del Direttore Generale dell'Azienda ULSS n. 8 Berica; Deliberazione n. 1240 del 13 dicembre 2022 del Direttore Generale dell'Azienda ULSS n. 9 Scaligera; Deliberazione n. 2560 del 9 dicembre 2022 del Direttore Generale dell'Azienda Ospedale – Università Padova; Deliberazione n. 1176 del 12 dicembre 2022 del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Integrata Verona; Deliberazione n. 1077 del 7 dicembre 2022 del Direttore Generale dell'Istituto Oncologico Veneto;

- del decreto del Direttore Generale della Direzione Sanità, Welfare e Coesione sociale della Regione Toscana n. 24687 del 14/12/2022;
- delle seguenti deliberazioni delle Determine dei Direttori Generali degli Enti del Servizio Sanitario Regionale in particolare: deliberazione n. 1363 del 30/09/2019 del direttore generale dell'AUSL Toscana Centro; deliberazione n. 769 del 05/09/2019 del direttore generale dell'AUSL Toscana Nord Ovest; deliberazione n. 1020 del 16/09/2019 del direttore generale dell'AUSL Toscana Sud Est; deliberazione n. 623 del 06/09/2019 del direttore generale dell'AOU Pisana; deliberazione n. 740 del 30/08/2019 del direttore generale dell'AOU Senese; deliberazione n. 643 del 16/09/2019 del direttore generale dell'AOU Careggi; deliberazione n. 497 del 09/08/2019 del direttore generale dell'AOU Meyer; deliberazione n. 386 del 27/09/2019 del direttore generale dell'ESTAR, non conosciute;
- della determinazione dirigenziale della Regione Piemonte 2426/A1400A/2022 del 14 dicembre 2022 avente ad oggetto “*Approvazione elenchi delle aziende fornitrici di*

dispositivi medici soggetti al ripiano per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017, 2018 ai sensi dell'articolo 9 ter, comma 9 bis del D.L. 78/2015, convertito in L. 125/2015";

- della deliberazione n. 596 del 28/08/2019 del direttore generale dell'AO Ordine Mauriziano di Torino;
- della deliberazione n. 404 del 27/08/2019 del direttore generale dell'AO S. Croce e Carle di Cuneo;
- della deliberazione n. 369 del 23/08/2019 del direttore generale dell'AO SS. Antonio e Biagio e Cesare Arrigo di Alessandria;
- della deliberazione n. 1142 del 28/08/2019 del direttore generale dell'AOU Città della Salute e della Scienza di Torino;
- della deliberazione n. 848 del 03/09/2019 del direttore generale dell'AOU Maggiore della Carità di Novara;
- della deliberazione n. 467 del 29/08/2019 del direttore generale dell'AOU San Luigi Gonzaga di Orbassano;
- della deliberazione n. 586 del 30/08/2019 del direttore generale dell'ASL AL;
- della deliberazione n. 151 del 30/08/2019 del direttore generale dell'ASL AT;
- della deliberazione n. 388 del 26/08/2019 del direttore generale dell'ASL BI;
- della deliberazione n. 909 del 06/09/2019 del direttore generale dell'ASL Città di Torino;
- della deliberazione n. 361 del 29/08/2019 del direttore generale dell'ASL CN1;
- della deliberazione n. 309 del 22/08/2019 del direttore generale dell'ASL CN2;
- della deliberazione n. 320 del 28/08/2019 del direttore generale dell'ASL NO;
- della deliberazione n. 510 del 23/08/2019 del direttore generale dell'ASL TO3;
- della deliberazione n. 977 del 28/08/2019 del direttore generale dell'ASL TO4;
- della deliberazione n. 806 del 28/08/2019 del direttore generale dell'ASL TO5;
- della deliberazione n. 856 del 29/08/2019 del direttore generale dell'ASL VC;
- della deliberazione n. 701 del 04/09/2019 del direttore generale dell'ASL VCO;
- della Determinazione del Dirigente del Dipartimento Salute e Politiche sociali della Provincia Autonoma di Trento n. 2022- D337-00238 del 14 dicembre 2022;

- della deliberazione n. 499 del 16 settembre 2019 del Direttore generale dell'Azienda provinciale per i servizi sanitari della provincia di Trento con la quale ha approvato la ricognizione della spesa sostenuta dal servizio sanitario provinciale per i dispositivi medici negli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, non conosciuta;
- della Determinazione del Direttore Generale del "Dipartimento promozione della salute e del benessere animale" della Regione Puglia n. 10 del 12 dicembre 2022;
- dell'Allegato A della Determinazione del Direttore Generale del "Dipartimento promozione della salute e del benessere animale" della Regione Puglia n. 10 del 12 dicembre 2022;
- dell'Allegato B della Determinazione del Direttore Generale del "Dipartimento promozione della salute e del benessere animale" della Regione Puglia n. 10 del 12 dicembre 2022;
- dell'Allegato C della Determinazione del Direttore Generale del "Dipartimento promozione della salute e del benessere animale" della Regione Puglia n. 10 del 12 dicembre 2022;
- del decreto n. 29985/GRFVG del 14 dicembre 2022 adottato dalla Direzione centrale salute, politiche sociali e disabilità della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia;
- dell'allegato A al decreto n. 29985/2022;
- del decreto n. 634 pubblicato nell'albo pretorio aziendale dal 20/08/2019 al 03/09/2019 dell'Azienda Sanitaria Universitaria Integrata di Trieste (ASUITTS) confluita in Azienda Sanitaria Universitaria Giuliano Isontina (ASUGI);
- del decreto n. 696 pubblicato nell'albo pretorio aziendale dal 11/09/2019 al 25/09/2019 dell'Azienda Sanitaria Universitaria Integrata di Trieste (ASUITTS) confluita in Azienda Sanitaria Universitaria Giuliano Isontina (ASUGI);
- del decreto n. 692 pubblicato nell'albo pretorio aziendale dal 20/08/2019 al 04/09/2019 dell'Azienda Sanitaria Universitaria Integrata di Udine (ASUIUD) confluita in Azienda Sanitaria Universitaria Friuli Centrale (ASUFC);

- della nota prot. 18453/2019 dell' Azienda Sanitaria Universitaria Integrata di Udine (ASUIUD) confluita in Azienda Sanitaria Universitaria Friuli Centrale (ASUFC);
- del decreto n. 441 pubblicato nell'albo pretorio aziendale dal 21/08/2019 al 04/09/2019 dell'Azienda per l'Assistenza Sanitaria n. 2 confluita per l'Area Bassa Friulana nell'Azienda Sanitaria Universitaria Friuli Centrale (ASUFC) e per l'Area Giuliano Isontina nell'Azienda Sanitaria Universitaria Giuliano Isontina (ASUGI);
- del decreto n. 187 pubblicato nell'albo pretorio aziendale dal 20/08/2019 al 04/09/2019 dell'Azienda per l'Assistenza Sanitaria n. 3 confluita in Azienda Sanitaria Universitaria Friuli Centrale (ASUFC);
- del decreto n. 145 pubblicato nell'albo pretorio aziendale dal 21/08/2019 al 05/09/2019 adottato dall'Azienda per l'Assistenza Sanitaria n. 5 trasformata in Azienda Sanitaria Friuli Occidentale (ASFO);
- del decreto n. 376 pubblicato all'albo pretorio aziendale in data 14/08/2019 e adottato dall'I.R.C.C.S. Centro di Riferimento Oncologico di Aviano (CRO);
- del decreto n. 149 pubblicato nell'albo pretorio aziendale dal 23/10/2019 al 07/11/2019 adottato dall'I.R.C.C.S. Burlo Garofolo di Trieste (Burlo);
- del decreto n. 130 pubblicato nell'albo pretorio aziendale dal 25/09/2019 al 10/10/2019 e adottato dall'I.R.C.C.S. Burlo Garofolo di Trieste (Burlo);
- del decreto n. 101 pubblicato nell'albo pretorio aziendale dal 13/08/2019 al 28/08/2019 e adottato dall'I.R.C.C.S. Burlo Garofolo di Trieste (Burlo);
- della nota prot. SPS-GEN-2019-16508-A dd. 21.08.2019 dell'Azienda regionale di coordinamento per la salute (ARCS);
- della nota prot. SPS-GEN-2019-22613-P dd. 18.11.2019 2019 dell'Azienda regionale di coordinamento per la salute (ARCS);
- della nota prot. SPS-GEN-2019-17999-P dd. 17.09.2019 della Direzione Centrale Salute, politiche sociali e disabilità;
- della nota prot. SPS-GEN-2019-22613-P dd. 18.11.2019 della Direzione Centrale Salute, politiche sociali e disabilità;

- della Determinazione n. 24408/26987 del 12 dicembre 2022 del Direttore di Dipartimento alla Salute, Banda larga e Cooperative;
- delle determinine del Direttore generale dell'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige: anno 2015: atto del 2016-A-000139 del 10.05.2016; anno 2016: atto del 2017-A-000193 del 28.04.2017; anno 2017: atto del 2018-A-000228 del 27.04.2018; anno 2018: atto del 2019-A-000244 del 30.04.2019, non conosciute;
- dell'Allegato A della Determinazione n. 24408/26987/2022;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali finalizzati direttamente o indirettamente a quantificare e richiedere alla ricorrente il ripiano del superamento dei tetti di spesa regionale;

nonché

per la rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 9-ter del D.L. n. 78/2015, convertito con Legge n. 125/2015, dell'art. 1, comma 557 della Legge n. 145/2018, dell'art. 18 del D.L. n. 115/2022, convertito con Legge n. 142/2022, per violazione degli artt. 3, 9, 11, 32, 41 42, 53, 117, comma 2, lett. e) della Costituzione, anche in relazione all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla C.E.D.U;

ed ora anche, con i presenti motivi aggiunti,

per l'annullamento

- della nota della Regione Emilia-Romagna, Direzione Generale Cura della Persona, Salute e Welfare prot. 15 giugno 2023 0582228U, avente ad oggetto "*Pay-back dispositivi medici – anni 2015-2018*", (**doc. 16 - nota Emilia-Romagna 15/6/2023**), comunicata all'esponente in pari data;
- del decreto del Direttore Generale dell'Area Sanità e Sociale della Regione Veneto n. 101 del 20 luglio 2023, ed il relativo Allegato A, pubblicati sul sito istituzionale della Regione e non comunicato all'esponente (**doc. 17 - decreto Veneto 20/7/2023**)

nonché

per la rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 3 del D.L. n. 34/2023, per violazione degli artt. 3, 24, 41, 53, 77, 111, 113 e 117 della Costituzione in relazione all'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

nonché

in via subordinata, per il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia *ex art.* 267 del TFUE, affinché la stessa si pronunci sui quesiti contenuti nei presenti motivi aggiunti.

* * *

Premessa sui fatti e sul giudizio

Con il ricorso introduttivo e con i successivi motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato i provvedimenti con i quali è stata data attuazione al c.d. *payback* per il settore dei dispositivi medici, introdotto dall'art. 9-ter del D.L. n. 78/2015, nonché i provvedimenti delle Regioni e delle Province Autonome con i quali sono state avanzate le richieste di ripiano, richiedendone l'annullamento sia per la loro illegittimità derivata per l'illegittimità costituzionale delle norme istitutive del meccanismo del *payback* stesso, sia per numerosi altri vizi propri.

Con decreto-legge in data 11 gennaio 2023, n. 4, il termine per “*l'assolvimento delle obbligazioni gravanti in capo alle aziende interessate*” è stato posticipato al 30 aprile 2023.

Prima della scadenza del suddetto termine, il 30 marzo 2023, è stato adottato il **D.L. n. 34/2023** (convertito con modificazioni dalla Legge n. 56/2023), i cui articoli 8 e 9 hanno nuovamente inciso sulla disciplina del *payback*, prevedendo un ulteriore differimento del termine per il pagamento al 30 giugno 2023 (termine posticipato dapprima al 31 luglio 2023 dalla Legge n. 87/2023 e poi al 30 ottobre 2023 dall'art. 4, comma 2, del D.L. n. 98/2023).

Con i suddetti articoli del citato D.L. n. 34/2023 il legislatore ha disposto uno **sconto del 52%** sugli importi delle originarie richieste di ripiano, *i)* per le sole **aziende che non hanno impugnato i precedenti provvedimenti di ripiano** e *ii)* per quelle che, pur avendo proposto ricorso (come l'esponente), vi **rinuncino entro il termine ivi previsto**.

In particolare, l'**art. 8** del D. L. n. 34/2023 ha previsto, al **comma 1**, l'istituzione di *“un fondo con dotazione pari a 1.085 milioni di euro per l'anno 2023”* e, al comma 2, che *“a ciascuna regione e provincia autonoma è assegnata una quota del fondo”* che potrà essere utilizzata *“per gli equilibri dei servizi sanitari regionali dell'anno 2022”*, cioè per “riparare” gli sforamenti dei tetti di spesa per l'acquisto di dispositivi medici nel quadriennio 2015-2018, sforamenti in ragione dei quali è stato attivato il meccanismo del *payback*.

Il **comma 3** ha stabilito che *“le aziende fornitrici di dispositivi medici, che **non hanno attivato contenzioso** o che **intendono abbandonare i ricorsi esperiti** (...) versano a ciascuna regione e provincia autonoma, entro il 31 luglio 2023, la restante quota rispetto a quella determinata dai provvedimenti regionali e provinciali di cui all'articolo 9-ter, comma 9-bis, del citato decreto-legge n. 78 del 2015 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 si avvalgono della facoltà di cui al primo periodo, **resta fermo l'obbligo del versamento della quota integrale a loro carico**, come determinata dai richiamati provvedimenti regionali o provinciali”, ribadendo che, in caso di omesso pagamento, restano ferme le disposizioni di cui al quinto e sesto periodo del medesimo articolo 9-ter, comma 9-bis del d.l. n. 78/2015, secondo cui *“i debiti per acquisti di dispositivi medici delle singole regioni e province autonome, anche per il tramite degli enti del servizio sanitario regionale, nei confronti delle predette aziende fornitrici inadempienti sono compensati fino a concorrenza dell'intero ammontare”*.*

L'art. 8, comma 3, del D.L. n. 34/2023, dunque, ha stabilito che le aziende che, come la ricorrente, hanno proposto ricorso avverso i provvedimenti regionali e provinciali di ripiano, per poter ottenere lo “sconto” del 52% rispetto a quanto originariamente richiesto, devono **rinunciare** al ricorso giurisdizionale e pagare la restante quota del 48%.

In questo modo, la norma pone le aziende ricorrenti (come l'esponente) di fronte all'alternativa secca tra **“abdicare” al proprio diritto di difesa** (costituzionalmente garantito) o **restare esclusa dalla riduzione del 52%** dell'importo di ripiano ad essa originariamente imposto.

In attuazione delle citate disposizioni, la Regione Emilia-Romagna, Direzione Generale Cura della Persona, Salute e Welfare, con nota prot. 15 giugno 2023 0582228U (nota Emilia-Romagna 5/6/2023 - doc. 16), ha pubblicato un aggiornamento sul sito istituzionale, specificando le modalità di pagamento del ripiano del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018, per le aziende fornitrici che si avvalgono della facoltà prevista dal primo periodo del comma 3 dell'art.8 del D.L. n. 34/2023, e per le aziende fornitrici che decidono di non avvalersi della facoltà.

Parimenti, con decreto n. 101 del 20 luglio 2023, pubblicato sul sito istituzionale della Regione (decreto Veneto 20/7/2023 - doc. 17), il Direttore Generale dell'Area Sanità e Sociale della Regione Veneto ha preso atto e recepito non meglio precisati errori materiali commessi dalle aziende sanitarie e dagli enti del Servizio Sanitario Regionale, di cui hanno dato atto deliberazioni dei rispettivi Direttori Generali, non comunicate e non conosciute dall'esponente.

Nel relativo Allegato A è riportato, per 127 aziende, l'importo che era dovuto sulla base del decreto del Direttore Generale n. 172/2022 e l'importo che risulterebbe dovuto sulla base delle rettifiche e degli errori di calcolo rilevati.

Anche i nuovi provvedimenti meritano di essere annullati per i seguenti motivi in

Diritto

Premessa ai motivi di diritto

Si esporranno, nella **Parte A**, i motivi in diritto già dedotti con il ricorso introduttivo e con i successivi motivi aggiunti e che, con il presente atto, si estendono ai nuovi provvedimenti amministrativi qui impugnati, suddivisi tra:

A.1) motivi dedotti con il ricorso introduttivo e reiterati in relazione sia alla nota della Regione Emilia-Romagna prot. 15 giugno 2023 0582228U, sia al decreto del Direttore Generale dell'Area Sanità e Sociale della Regione Veneto n. 101 del 20 luglio 2023;

A.2) motivi aggiunti reiterati in relazione sia alla nota della Regione Emilia-Romagna prot. 15 giugno 2023 0582228U, sia al decreto del Direttore Generale dell'Area Sanità e Sociale della Regione Veneto n. 101 del 20 luglio 2023;

A.3) motivi aggiunti reiterati avverso la nota prot. 15 giugno 2023 0582228U della Regione Emilia-Romagna;

A.4) motivi aggiunti reiterati in relazione al decreto del Direttore Generale dell'Area Sanità e Sociale della Regione Veneto n. 101 del 20 luglio 2023.

Nella **Parte B** si esporranno ulteriori motivi aggiunti di illegittimità di tutti i provvedimenti amministrativi qui impugnati.

Parte A): Motivi dedotti con il ricorso introduttivo e reiterati in relazione sia alla nota della Regione Emilia Romagna prot. 15 giugno 2023 0582228U, sia al decreto del Direttore Generale dell'Area Sanità e Sociale della Regione Veneto n. 101 del 20 luglio 2023;

Tanto la nota prot. 15 giugno 2023 0582228U della Direzione Generale Cura della Persona, Salute e Welfare dell'Emilia Romagna con la quale è stata comunicata la pubblicazione di un aggiornamento circa le modalità di pagamento del ripiano del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018, a seguito del comma 3 dell'art.8 del D.L. n. 34/2023 quanto il decreto del Direttore Generale dell'Area Sanità e Sociale n. 101 del 20 luglio 2023, con il quale sono stati rettificati gli importi dovuti da alcune aziende fornitrici, tra le quali l'esponente, sono illegittimi in quanto **viziati, in via derivata**, per i **medesimi motivi in diritto** già dedotti col ricorso introduttivo e con i successivi motivi aggiunti, che **ven-
gono qui riproposti**:

A.1) Quanto ai motivi dedotti con il ricorso introduttivo.

“1. Illegittimità derivata per violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost. in relazione alla determinazione del tetto nazionale di spesa per dispositivi medici

Il sistema normativo di cui all’art. 9-ter del D.L. 78/2015 e ss.mm.ii., che delinea il finanziamento della spesa per acquisti di dispositivi medici tramite la previsione di un tetto e un meccanismo di ripiano a carico delle aziende fornitrici degli enti del servizio sanitario pubblico, presenta diversi profili di illegittimità costituzionale. L’introduzione del payback sulla spesa per dispositivi medici (mutuato da analogo meccanismo che era già stato adottato nel settore farmaceutico) risale al 2011, quando il debito pubblico italiano era in balia dei mercati e in tale contesto il D.L. 98/2011, all’articolo 17, stabilì un tetto alla spesa per dispositivi medici, pari al 5,2% della spesa sanitaria del Servizio Sanitario Nazionale. In seguito, il tetto venne a più riprese ridotto, prima con la Legge n. 95/2012 (al 4,9% nel 2013 e al 4,8% nel 2014), poi con la Legge di bilancio 2013 (al 4,8% nel 2013 e al 4,4% dal 2014 in poi). La logica di tali tetti è sempre stata di natura contabilistica, ovvero ha sempre avuto la funzione dare un senso alle varie ipotesi finanziarie prescindendo da valutazioni circa la loro congruità. L’art. 9-ter del D.L. 78/2015 introdusse per la prima volta la (consistente) compartecipazione delle aziende fornitrici all’eventuale sfioramento dei tetti regionali, norma rimasta lettera morta per sette anni, fino a quando l’art. 18 del D.L. n. 115/2022 ha dettato specifiche disposizioni per il recupero retroattivo degli sfioramenti registrati dalle Regioni nel quadriennio 2015-2018. È noto che la previsione di tetti di spesa nell’ambito del (diverso) settore farmaceutico è stata ritenuta legittima dalla Corte costituzionale, costituendo “il frutto, da parte del legislatore ... di una scelta discrezionale di politica sanitaria e di contenimento della spesa, la quale, tenuto conto della ristrettezza delle risorse finanziarie dirette a soddisfare le esigenze del settore, non risulta viziata da intrinseca irragionevolezza” (Corte Costituzionale, 18 marzo 2005 n. 111). Anche la scelta legislativa di rendere le aziende fornitrici compartecipi nel ripiano del superamento dei tetti di spesa nel settore farmaceutico, è stata ritenuta non illegittima in quanto “l’esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare al settore sanitario” e che occorre, pertanto, “bilanciare le diverse esigenze, da un

lato, di contenimento della spesa farmaceutica, nel contesto di risorse date e, dall'altro, di garanzia, nella misura più ampia possibile, del diritto alla salute” (**Corte Costituzionale, 7 luglio 2006, n. 279**). La ratio che emerge è che le risorse sono limitate, per cui non è a priori irragionevole chiamare le aziende fornitrici ad una compartecipazione alla sostenibilità del SSN, purché la compartecipazione sia ragionevole e proporzionata. L'esigenza di proporzionalità è componente essenziale del giudizio di ragionevolezza che deve essere operato nel sindacare la costituzionalità di una norma: “il giudizio di ragionevolezza ... si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti “ (**Corte Costituzionale, 22 dicembre 1988, n. 1129**). Ed ancora “il principio di proporzione è alla base della razionalità che domina il principio d'eguaglianza” (**Corte Costituzionale, 2 febbraio 1990, n. 40**). È doveroso, tuttavia, evidenziare le peculiarità che caratterizzano gli operatori del settore farmaceutico, valorizzate dalla Consulta: “ove si consideri la particolare posizione che questi ultimi occupano nel settore. Sono, infatti, i soggetti della filiera che concorrono direttamente a determinare il prezzo (“contrattato”) dei farmaci rimborsabili ... conoscendone e indicandone i fattori rilevanti (rapporto costo-efficacia, domanda, prezzi di altri medicinali). E sono essi anche a poter incidere significativamente sulla variabile della domanda, essendo in grado di incrementarne il volume attraverso la promozione e la diffusione. (...) Ove a ciò si aggiunga la considerazione che l'importo della misura è definito in termini percentuali riferiti al valore dei prezzi al pubblico, quindi tenendo conto dei costi di produzione e di commercializzazione dei farmaci oltre che dell'efficacia degli stessi, e che la misura in questione ha natura temporanea, in quanto collegata alle disponibilità della finanza pubblica, deve escludersi la sussistenza di profili di manifesta irragionevolezza del sacrificio imposto ai produttori” (**Corte Costituzionale, 7 luglio 2006, n. 279**). Ebbene, a differenza di quanto avviene nel settore farmaceutico, le imprese che operano nel settore dei dispositivi medici non sono in alcun modo coinvolte nella dinamica della domanda e dell'offerta, non potendo in alcun modo orientare l'utilizzo dei propri prodotti. Infatti, le cessioni dei dispositivi medici al Servizio sanitario avvengono a seguito di regolari gare ad evidenza pubblica, in gran parte centralizzate e soggette a forte concorrenza sui prezzi, in cui il prezzo di vendita si determina con dinamiche concorrenziali trasparenti e competitive, in cui il fabbisogno di fornitura è

preventivamente deliberato ed approvato dal punto di vista quantitativo e finanziario, con la conseguenza che esso corrisponde alle effettive necessità degli ospedali e degli altri enti del Servizio Sanitario Regionale, unici gestori e controllori della domanda. La spesa effettiva, insomma, dipende esclusivamente dal fabbisogno e dalla condotta delle Regioni e degli enti del Servizio Sanitario che ad esse fanno capo. Oltre a quanto precede, la disciplina normativa sul payback dei dispositivi medici è caratterizzata da una evidente irragionevole quantificazione del tetto nazionale, strutturalmente e sistematicamente sottofinanziato. Prova ne sia che negli anni 2013-2020 la spesa effettiva su base nazionale per dispositivi medici è stata costantemente superiore, mediamente del 25%, rispetto al tetto di spesa fissato ex lege, come emerge dalla elaborazione dei dati forniti dalla Corte dei Conti – Rapporti sul Coordinamento di Finanza Pubblica (si veda P. Belardinelli, Il payback sui dispositivi medici, IBL Briefing Paper n. 194 del 21 ottobre 2021, grafico a pag. 10 - doc. 7 - IBL Briefing Paper). I dati degli anni 2015-2018, certificati dal DM 6 luglio 2022, ne danno conferma: a fronte di un tetto di spesa per dispositivi medici di € 19.542.442.051,00, lo scostamento in eccesso della spesa effettiva è stato di € 4.485.305.975,00, cioè superiore di oltre il 22% circa in ciascun anno (oltre il 26% circa solo nell'anno 2018) (v. Allegati A, B, C e D al D.M. 6 luglio 2022 – doc.1). Alla luce di questi dati inconfutabili, il sistema normativo di governo della spesa per dispositivi medici, fondato sull'imposizione di un onere di ripiano del 50% del superamento del relativo tetto di spesa a carico delle aziende fornitrici, è del tutto irragionevole e sproporzionato, essendo il tetto fissato completamente inattendibile, non ancorato alla realtà, senza prevedere criteri di adeguamento prospettico al fine di tenere conto del relativo andamento reale. Il fatto che quasi tutte le Regioni italiane salvo quelle in cui vi è un'alta incidenza della sanità privata convenzionata (di cui si dirà infra), comprese quelle notoriamente ritenute più "virtuose", non riescano a rimanere entro il tetto di spesa stabilito ex lege, conferma la sua strutturale e patologica sottostima, e la conseguente irragionevolezza di un sistema che impone alle aziende di ripianare il 50% del sistematico e strutturale sottofinanziamento pubblico. A ciò si aggiunga che il payback sui dispositivi medici non ha carattere provvisorio e temporaneo, ma bensì strutturale e sistematico, stabile e inevitabile, ed i suoi effetti sono destinati ad avere

¹ Toscana ed Emilia Romagna – regioni tra le più attive nella centralizzazione degli acquisti, tra le migliori ad assicurare i LEA ai propri cittadini, sono tra quelle a maggior presenza di erogatori pubblici rispetto ai privati accreditati ed insieme hanno accumulato quasi il 27% dell'intero sfioramento nazionale nel quadriennio 2015-2018.

una catastrofica impennata quando si tratterà di ripianare lo sforamento dei tetti di spesa per gli anni 2020 e 2021 in cui vi è stata la straordinaria emergenza sanitaria causata dal COVID-19.

2. Violazione dell'art. 9-ter del D.L. 78/2015 in relazione alla determinazione dei tetti regionali di spesa per dispositivi medici. Violazione dell'art. 3 della Legge n. 241/1990. Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Eccesso di potere per insufficiente motivazione

*Con il presente motivo si deducono vizi propri dei provvedimenti amministrativi impugnati, in particolare dell'Accordo Governo - Regioni, rep. atti n. 181/CSR del 7 novembre 2019 (Accordo CSR – doc.2), che ha determinato i tetti di spesa per dispositivi medici per le singole regioni, e di riflesso del D.M. 6 luglio 2022 (D.M. 6 luglio 2022 – doc.1). L'Accordo tra Governo, Regioni e Province Autonome di Trento e di Bolzano adottato dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e di Bolzano, rep. atti n. 181/CSR del 7 novembre 2019, ha definito, in attuazione dell'art. 9-ter, comma 1 lett. b) del D.L. n. 78/2015 “i criteri di individuazione dei tetti di spesa regionali per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 per l'acquisto dei dispositivi medici” (Accordo CSR – doc.2). Si rammenta che il comma 1, lett. b) dell'art. 9-ter citato, prevedeva che in ciascuna Regione, il tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici avrebbe dovuto essere fissato “coerentemente con la composizione pubblico-privata dell'offerta” (D.M. 6 luglio 2022 – doc.1). La ratio di tale disposizione è evidente: dal momento che rientrano nel perimetro del payback solo i dispositivi medici acquistati direttamente dagli enti del Servizio sanitario regionale, per cui sarebbe stato necessario tenere conto della composizione pubblico-privata dell'offerta nelle singole regioni al fine di tarare i tetti regionali tenendo conto dell'incidenza delle strutture sanitarie private convenzionate. L'Accordo in sede di Conferenza Stato Regioni ha invece completamente omesso di considerare tale parametro normativamente previsto e non ha in realtà stabilito alcun “criterio di individuazione”, **limitandosi a traslare, senza alcuna istruttoria e senza alcuna motivazione, la percentuale del tetto nazionale del 4,4% applicandolo indistintamente a ciascuna Regione.** Dall'analisi degli scostamenti regionali dal tetto alla spesa per dispositivi medici, è evidente che le regioni con gli scostamenti più alti risultano quelle con una presenza più contenuta del privato tra gli erogatori di prestazioni sanitarie: le quattro regioni il cui scostamento non supera lo 0,5 per cento del fondo*

sanitario regionale – Lombardia, Lazio, Calabria, e Campania – sono tutte regioni la cui presenza di posti letto gestiti da privati accreditati supera la media nazionale. Viceversa le regioni Emilia-Romagna, Toscana e Abruzzo, le regioni il cui scostamento dai tetti si avvicina al 3%, la presenza del privato è molto ridotta e inferiore alla media nazionale. Questo non perché il pubblico sia meno efficiente del privato, ma essenzialmente perché la norma, del tutto irragionevolmente, prevede che si computino nei tetti di spesa solo le forniture di dispositivi medici fatte direttamente alle strutture pubbliche del SSN. Ove ciò non bastasse i tetti regionali sono stati fissati in sede di Conferenza Permanente Stato Regioni nel 2019, senza tenere conto dei dati effettivi relativi alla spesa per dispositivi medici negli anni 2015-2018, che **nel novembre 2019 erano già ampiamente disponibili (nel modello CE consolidato regionale, alla voce BA0210)**, gli stessi dati che erano stati richiesti alle regioni dal Ministero della Salute con Circolare del 29 luglio 2019 prot. 22413 (di cui dà atto il DM 6 luglio 2022, penultimo “considerato”- doc.1). Il che rende ulteriormente evidente ancor più grave, se possibile, la grave carenza di istruttoria che, se compiuta, avrebbe consentito di tenerne conto, in ossequio al criterio di valutazione dettato dalla norma circa la composizione pubblico-privata dell’offerta sanitaria. È evidente che le scelte alla base dell’Accordo adottato, oltre che in aperto contrasto con il chiaro tenore letterale della norma, sono gravemente illogiche, irragionevoli ed immotivate, da cui deriva l’illegittimità dell’atto adottato in sede di Conferenza Permanente e di conseguenza, anche l’illegittimità del D.M. 6 luglio 2022, che ha certificato gli sforamenti di spesa prendendo a riferimento i tetti regionali stabiliti dall’Accordo Stato- Regioni di cui all’atto Rep. n. 181/CSR.

3. Illegittimità derivata per violazione del principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost e dell’art. 117, comma 1, Cost. in relazione all’art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla C.E.D.U.

Il *payback* sui dispositivi medici è tale da creare un’ingiustificata sperequazione, sotto vari profili, per le imprese che operano nel settore. In primo luogo, discrimina le imprese che vendono dispositivi medici ad enti del servizio sanitario pubblico in Italia rispetto a quelle che vendono i medesimi dispositivi ad enti del servizio sanitario pubblico in altri paesi del mercato comune europeo. All’interno del territorio italiano, poi, discrimina le imprese che vendono dispositivi medici ad enti del servizio sanitario pubblico rispetto alle imprese che vendono i medesimi dispositivi a strutture

sanitarie private convenzionate, la cui spesa per dispositivi medici (ancorchè in ultima istanza a carico del servizio sanitario pubblico in quanto oggetto di rimborso) non è considerato nei tetti regionali. Per la stessa ragione risultano discriminate le imprese che vendono ad enti sanitari pubblici facenti parte di regioni con una bassa presenza di strutture private convenzionate, rispetto a quelle che vendono ad enti regionali con un alto tasso di presenza di strutture private convenzionate. Il che fa sì che si venga a creare un'ingiustificata sperequazione tra aziende che operano nel medesimo settore che vengono in concreto avvantaggiate nel ripiano del disavanzo di spesa e che finiscono per beneficiare delle distorsioni generate dalla irrazionale ed iniqua determinazione dei tetti di spesa, godendo di un vantaggio anti competitivo privo di qualsiasi giustificazione. Peraltro, la pandemia da COVID-19 ha impattato in maniera molto eterogenea sul settore. A fronte di aziende che hanno beneficiato di una maggior domanda (es.: per i dispositivi diagnostici in vitro), altre aziende che hanno avuto una riduzione drastica del proprio fatturato a causa della sospensione della ordinaria attività sanitaria (ad esempio per la fornitura di protesi) e che ora potrebbero vedersi anche chiedere il payback per gli anni passati. Si è, dunque, in presenza di una normativa nazionale che contrasta con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e con i più basilari principi di equità ed uguaglianza e che pertanto contrasta con i generali precetti di cui all'art. 1 del Primo Protocollo C.E.D.U..

4. Illegittimità derivata per violazione degli artt. 42 Cost., dei principi di uguaglianza e di capacità contributiva di cui agli artt. 3 e 53 Cost e dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla C.E.D.U. Eccesso di potere per illogicità, arbitrarietà, contraddittorietà ed incoerenza

Il meccanismo del payback sui dispositivi medici consiste in un prelievo patrimoniale coattivo finalizzato, come si è detto, al riequilibrio del sistematico sottofinanziamento della spesa pubblica sanitaria, posto a carico non della generalità dei consociati ma soltanto di una parte degli operatori economici operanti nel settore della fornitura dei dispositivi medici, peraltro, ai soli enti del SSN. Si tratta di una misura che presenta tutti gli elementi identificativi della "fattispecie tributaria" (Corte Costituzionale, 12 dicembre 2013, n. 304; Corte Costituzionale, 15 aprile 2008, n. 102) e che, in quanto tale, rappresenta una interferenza con il pacifico godimento del diritto di proprietà tutelato dall'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla C.E.D.U.. Secondo il consolidato insegnamento

della Corte EDU, infatti, la tassazione è “in linea di principio un’interferenza con il diritto garantito dal primo paragrafo dell’Articolo 1 del Protocollo n. 1, atteso che depriva la persona interessata di un bene, vale a dire l’ammontare di denaro che deve essere pagato”, (C. EDU, **Burden c. Regno Unito**, 29 aprile 2008; C. EDU, **N.K.M. c. Ungheria**, 14 maggio 2013). Ancorché giustificata in base al secondo paragrafo dell’Articolo 1 del Protocollo, la tassazione deve rispettare i limiti fissati, dovendo: rispettare il principio di legalità; perseguire un fine legittimo di interesse generale, e rispondere ad un criterio di proporzionalità e ragionevolezza rispetto al fine perseguito (C. EDU, **Bayeler c. Italia**, 5 Gennaio 2000). Il requisito primario è dunque rappresentato dalla conformità dell’“interferenza” al **principio di legalità**. La verifica di tale presupposto ha carattere “preliminare” in quanto la sua insussistenza inficia in radice la legittimità dell’interferenza, sì da rendere inutile qualsiasi ulteriore valutazione in punto di finalità perseguita e proporzionalità/ragionevolezza della misura (cfr. C. EDU, **Iatridis c. Grecia**, 25 marzo 1999). In base alla giurisprudenza della Corte EDU, il c.d. “principle of lawfulness” richiede non solo che l’ingerenza abbia un fondamento legislativo nell’ordinamento interno dello Stato Contraente, ma che la legge sia **sufficientemente conoscibile** (“accessible”), **precisa e prevedibile nella sua concreta applicazione**. La legge, in altri termini, deve essere formulata in modo da consentire ai cittadini di regolare la propria condotta sulla base delle conseguenze prevedibili derivanti da una determinata azione (C. EDU, **Dimitrovi c. Bulgaria**, 3 marzo 2015) e tutelare gli stessi da eventuali ingerenze arbitrarie da parte delle PP.AA. (C. EDU, **Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano**, 7 giugno 2012). Ebbene, il meccanismo del payback, delineato dall’art. 9-ter del D.L. 78/2015, si pone in aperta violazione del principio di legalità, così come declinato dalla CEDU. Innanzitutto, **l’onere economico gravante sulle aziende dipende da fattori svincolati da qualsiasi logico e prevedibile criterio**. Come si è detto, infatti, la determinazione del valore delle obbligazioni di ripiano a carico degli operatori privati che operano nel settore dei dispositivi medici dipende dal valore del tetto di spesa fissato dal Legislatore che, come visto, sia a livello nazionale che con riferimento alle singole regioni, è esso stesso irragionevole ed arbitrario, prescindendo da qualsiasi effettiva analisi o valutazione dei consumi e della spesa per dispositivi medici effettivamente necessari per garantire l’assistenza sanitaria e di quelli prevedibili in ragione delle esigenze “di salute” dei cittadini. L’esperienza maturata sino ad oggi, infatti, dimostra che il tetto della spesa per dispositivi

medici è strutturalmente sottostimato rispetto al livello della spesa effettiva, e che la sua variazione nel tempo non è in alcun modo correlata alle effettive dinamiche di mercato. In secondo luogo, la determinazione del livello di contribuzione dipende dalla effettiva domanda di dispositivi medici proveniente dagli enti del Servizio Sanitario Regionale, da essi stessi unilateralmente determinata. Si tratta, evidentemente, di fattori che le aziende del settore dei dispositivi medici non possono in alcun modo influenzare né tantomeno prevedere. Pertanto, un operatore, per quanto prudente e diligente, non è in grado di prevedere quale possa essere la determinazione dell'obbligazione di ripiano di sfioramento del tetto per l'anno di riferimento, né di determinare coerentemente la propria attività di impresa, con buona pace dei requisiti di "precisione" e "prevedibilità" di cui all'Articolo 1 del Primo Protocollo C.E.D.U.. In altri termini le imprese si trovano costrette ad operare "al buio", in quanto destinatarie di prelievi coattivi determinati ex post dal Ministero della Salute sulla base di elementi non conosciuti, né conoscibili ex ante dalle imprese gravate da tale imposizione. A rincarare la dose si aggiunge il fatto che l'art. 18 del D.L. n. 115/2022 ha previsto che il superamento del tetto di spesa regionale per gli anni 2015-2018 - **determinato in via retroattiva con Accordo Governo- Regioni, rep. atti n. 181/CSR del 7 novembre 2019**- dovrà essere ripianato dalle aziende in un'unica soluzione, entro centoventi giorni dalla pubblicazione del decreto ministeriale (avvenuta il 15 settembre 2022), pena la compensazione dei crediti esistenti verso le Regioni per dispositivi medici venduti e non ancora dagli stessi pagati, sicché il payback si traduce in un escamotage per non pagare una parte del prezzo di forniture regolarmente contrattualizzate ed eseguite da parte delle aziende, nonostante i sistematici ritardi nei pagamenti, ancora molto diffusi.

Ne discende, anche sotto tale ulteriore profilo, il manifesto difetto di precisione e prevedibilità della normativa censurata e la conseguente inidoneità della disciplina prevista dall'art. 9-ter del D.L. 78/2015, a soddisfare il principio di legalità di cui all'Articolo 1 del Protocollo. La violazione del principio di legalità è ex se sufficiente a dimostrare l'incompatibilità del payback con i principi fissati dalla C.E.D.U. a tutela del diritto di proprietà e per l'effetto la sussistenza del denunciato vizio di illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati. In ogni caso, anche ipotizzando la sussistenza di una base legale, **il meccanismo di ripiano della spesa per dispositivi medici sarebbe comunque illegittimo in quanto insuscettibile di**

superare il c.d. “fair balance test”, per manifesta irragionevolezza e sproporzione degli oneri posti a carico dei privati a fronte degli obiettivi di interesse generale perseguiti.

Il carattere discriminatorio e la disparità di trattamento a danno soltanto di alcune imprese del settore dei dispositivi medici insiti nel sistema del payback sono, d'altra parte, ex se ostative a qualsiasi valutazione di “giusto equilibrio” (“fair balance”) ai sensi del Primo Protocollo C.E.D.U.

Non ogni modulazione del sistema impositivo per settori produttivi costituisce violazione dei suddetti principi; tuttavia “ogni diversificazione del regime tributario, per aree economiche o per tipologia di contribuenti, deve essere supportata da adeguate giustificazioni, in assenza delle quali la differenziazione degenera in arbitraria discriminazione” (Corte Cost., 11 febbraio 2015, n. 10, **sottolineatura aggiunta**). In altri termini, l'imposizione differenziata deve sempre ancorarsi ad una adeguata giustificazione obiettiva, che deve essere coerentemente, proporzionalmente e ragionevolmente tradotta nella struttura dell'imposta (Cfr. Corte Cost., 28 maggio 2014, n. 142 e 19 gennaio 2005, n. 21). Ciò detto, non si vede nel payback sui dispositivi medici quale sia il presupposto economico che sostanzia la capacità contributiva che giustifica il prelievo, destinato a riequilibrare il sottofinanziamento della spesa per dispositivi medici disancorato da qualsiasi parametro di marginalità dei prodotti e che, invece di gravare sulla fiscalità generale, grava, in maniera del tutto ingiustificata, e in contrasto con i principi di cui agli artt. 3 e 53 Cost, solo su alcune aziende. In ogni caso la misura dovrebbe necessariamente riflettersi sul perimetro soggettivo di **tutti** gli operatori che vendono dispositivi medici il cui costo è a carico del servizio sanitario pubblico. I provvedimenti impugnati irragionevolmente esentano, invece, **i produttori di dispositivi medici che vendono i loro prodotti a strutture private convenzionate** (che come detto, pur costituendo un costo per la spesa sanitaria non rilevano ai fini del computo della spesa per dispositivi medici) ovvero a strutture pubbliche ubicate **in Regioni in cui vi è un'alta incidenza di strutture private convenzionate**.

Anche l'entità del prelievo è del tutto illogica, arbitraria e sproporzionata, poiché prevede un ripiano dello sforamento con una percentuale pari al 50%, del tutto irragionevole e sproporzionata. Considerato che il giudizio di legittimità costituzionale deve vertere “sull'uso ragionevole, o meno, che il legislatore stesso abbia fatto dei suoi poteri discrezionali in materia tributaria, al fine di verificare la coerenza interna della struttura dell'imposta con il suo presupposto economico, come pure”

la non arbitrarietà dell'entità dell'imposizione” (Corte Cost., 22 aprile 1997, n. 111; ex plurimis, sentt. 5 giugno 2013, n. 116 e 11 ottobre 2012, n. 223) si ritiene l'illegittimità costituzionale delle norme di rango primario che disciplinano il payback e, di conseguenza, dei provvedimenti amministrativi che vi hanno dato (e che vi daranno) attuazione.

5. Violazione degli artt. 11 e 117, comma 1 Cost., in relazione ai principi di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento di cui all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) ed in relazione dell'art. 6, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione Europea – Violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. - Eccesso di potere per illogicità, arbitrarietà, contraddittorietà ed incoerenza

*I provvedimenti contestati, in attuazione dell'art.9-ter del D.L. 78/2015, hanno l'ulteriore effetto di **modificare** surrettiziamente, in modo imprevedibile e sfavorevole, **il sinallagma contrattuale**, nella sostanza riducendo retroattivamente il corrispettivo contrattuale che gli enti del Servizio Sanitario Regionale sono obbligati a corrispondere alle aziende che hanno fornito dispositivi medici. I provvedimenti impugnati, in altri termini, attribuiscono agli enti del Servizio Sanitario Regionale - acquirenti di dispositivi medici ai sensi di un contratto di diritto privato - il diritto di sottrarsi all'obbligazione contrattuale di corrispondere al venditore una consistente parte del prezzo pattuito. **L'affidamento dei consociati nella sicurezza giuridica** costituisce un elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto.*

La “protezione della proprietà” di cui all'art. 1 del Protocollo C.E.D.U., estesa ai diritti di credito, non sarebbe di per sé ostacolo ad interferenze da parte della pubblica autorità in presenza di un interesse generale (Corte EDU, sentenza 14 febbraio 2012, Arras e altri c. Italia), fermo restando il sindacato non solo sulla sussistenza di un tale interesse, ma anche della congruità delle sue modalità attuative. Fermo restando che la modifica dei rapporti di durata è illegittima quando, come nel caso di specie, oltre che retroattivamente, incide sugli stessi in modo “improvviso e imprevedibile” (Cfr. Corte Cost., sentt. 1° aprile 2014, n. 64 e 22 ottobre 2010, n. 302), gli impugnati provvedimenti, attuativi dell'art. 9-ter del D.L. 78/2015, non rispettano detta condizione essenziale di congruità. Infatti, frustrando e vanificando l'affidamento riposto dagli operatori nella sicurezza giuridica, incidono ingiustificatamente su diritti soggettivi consolidati, alterano

l'equilibrio economico-finanziario dei rapporti in atto e, al tempo stesso, determinano effetti negativi sulla libera iniziativa economica imprenditoriale.

La modifica dei rapporti di diritto privato ad opera dei provvedimenti impugnati, oltre che illogica, arbitraria ed irrazionale - per aver previsto un prelievo incongruo, espropriando una somma cospicua di denaro per un periodo temporale ingiustificatamente eccessivo - è inoltre illegittima perché discrimina ingiustificatamente solo i produttori di dispositivi medici che vendono direttamente agli enti del servizio sanitario regionale che si trovano in regioni con una bassa presenza di strutture private convenzionate.

Non solo. L'art. 9-ter del D.L. n. 78 del 2015, nella primigenia versione introduttiva del sistema del payback, nelle forniture di dispositivi medici prevedeva (come lo prevede tuttora) che il decreto di superamento del limite di spesa fosse annualmente adottato entro il 30 settembre ed infatti "Con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro il 30 settembre di ogni anno, è certificato in via provvisoria l'eventuale superamento del tetto di spesa a livello nazionale e regionale di cui al comma 1, lettera b), per l'acquisto di dispositivi medici, sulla base dei dati di consuntivo relativi all'anno precedente". Ebbene, il Ministero della Salute per ben sette anni non ha emanato alcun decreto né svolto alcuna istruttoria, nel 2022 con il D.L. Aiuti Bis (D.L. 115 del 2022) ha "sanato" l'inerzia di ben otto anni, disponendo che ci sarebbe stata una rilevazione unica per lo scostamento dal tetto di spesa, per il pregresso periodo 2015 – 2018 e che le imprese avrebbero dovuto saldare entro fine di gennaio 2023. L'inerzia del Ministero della Salute unitamente alla circostanza che il legislatore aveva previsto che il decreto di certificazione del superamento del tetto di spesa sarebbe stato adottato con cadenza annuale (entro il 30 settembre di ciascun anno) ha validamente indotto gli operatori economici a far affidamento sul fatto che per gli anni (ben sette, 2015 – 2021) non vi era stato superamento e/o comunque non essendovi pubblicazione del decreto non sarebbero stati tenuti a rimborsare la "quota" del superamento del tetto di spesa. Nel mentre nel 2022 sorprendentemente il legislatore sana la "inerzia" di un proprio apparato ministeriale autorizzando la emanazione di un decreto postumo che comprenda ben quattro annualità in spregio ai principi di tutela dell'affidamento dei cittadini e dei consociati nella stabilità e certezza delle situazioni giuridiche pregresse, valore quest'ultimo, come più volte affermato dalla Corte Costituzionale, che trova tutela e riconoscimento nell'art. 3 della Costituzione.

*In una vicenda nella quale si era consolidato l'affidamento di alcuni operatori economici nella possibilità di poter richiedere un rimborso (poi negato da un successivo provvedimento legislativo) la Corte ha affermato che "Questa Corte ha costantemente riconosciuto che il valore del legittimo affidamento, che trova copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., non esclude che il legislatore possa adottare disposizioni che modificano in senso sfavorevole agli interessati la disciplina di rapporti giuridici, «anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti». Ciò può avvenire, tuttavia, a condizione «che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto» (ex plurimis, sentenze n. 216 e n. 56 del 2015, n. 219 del 2014, n. 154 del 2014, n. 310 e n. 83 del 2013, n. 166 del 2012 e n. 302 del 2010; ordinanza n. 31 del 2011). Nel caso in esame, **l'assetto normativo preesistente alla disposizione denunciata era tale da far sorgere nelle aziende interessate la ragionevole fiducia nella possibilità di esercitare il diritto al rimborso, una volta conclusi gli eventuali giudizi, sino al termine ordinario di prescrizione di questo diritto. La fonte legale dell'obbligazione statale (art. 8, comma 6, del d.lgs. n. 422 del 1997 e art. 145, comma 30, della legge n. 388 del 2000), l'anteriorità dei fatti generatori delle obbligazioni rispetto al conferimento delle funzioni ed il decorso di un quinquennio senza alcuna modifica di tale assetto hanno consolidato il legittimo affidamento circa la possibilità di ottenere il ripianamento di tali disavanzi, rendendo per ciò stesso censurabile l'intervento legislativo in esame.***

6. Illegittimità derivata per violazione del principio di libera concorrenza ex art. 117, comma 2, lett. e) Cost - Violazione del principio di libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost. – Violazione del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost. - Violazione dei principi di tutela della ricerca scientifica e tecnica ex art 9 Cost. e di tutela della salute ex art. 32 Cost. - Eccesso di potere per illogicità, arbitrarietà, contraddittorietà ed incoerenza

Il sistema di governo della spesa per l'acquisto di dispositivi medici fissato dall'art. 9-ter del D.L. 78/2015 viola anche altri principi costituzionali, da soli o in combinato disposto con l'art. 3. Cost. Il legislatore, infatti, con il meccanismo di compartecipazione di cui si discute, colpisce

*irragionevolmente un settore produttivo in cui le aziende investono notevoli capitali in ricerca scientifica e tecnica, che coinvolge direttamente dispositivi di fondamentale importanza per la tutela del diritto alla salute dei cittadini, tutelato dall'art. 32 Cost. Con l'effetto di disincentivare le aziende (molte delle quali filiali di gruppi multinazionali) dall'investire risorse in un settore già penalizzato da misure come la rinegoziazione dei contratti di cui alla c.d. spending review (introdotta dal medesimo art. 9-ter del D.L. 78/20215) e dalla tassa dello 0,75% per le aziende che vendono al SSN dispositivi medici e grandi apparecchiature (di cui all'art. 15 della legge 53/2021). E con l'ulteriore effetto disincentivante per le aziende dal commercializzare sul territorio nazionale i propri dispositivi medici, in ragione del rischio che anche per il futuro vi possano essere i consistenti oneri di ripiano consuntivati ex post per il quadriennio 2015-2018, che incidono pesantemente sui margini economici, se non sulla stessa sopravvivenza delle aziende stesse, in particolare le PMI italiane che hanno nel mercato domestico il loro unico mercato di sbocco e che rappresentato il 95% del tessuto imprenditoriale italiano nel settore dei dispositivi medici. Ciò si traduce nella violazione, ad opera delle norme in parola, dei principi tutelati dagli artt. 9 e 32 Cost. oltre che dei principi di libertà di iniziativa economica e di pianificazione imprenditoriale, oltre che, come si vedrà, di tutela della proprietà privata, di cui agli artt. 41 e 42 della Costituzione. Nel nostro ordinamento i diritti in discussione possono essere legittimamente incisi da interventi del legislatore, purché non arbitrari, e che trovino fondamento in una causa di pubblica utilità, e che quest'ultima non venga perseguita mediante misure palesemente incongrue (in questo senso, tra le altre, **Corte Costituzionale, 24 gennaio 2017, n. 16 e Corte Costituzionale, 21 luglio 2016, n. 203**). Ebbene, date le suddette coordinate, per quanto non potrebbe ritenersi tout court illegittima la scelta di rendere le aziende compartecipi di una parte degli oneri conseguenti al superamento dei tetti della spesa per dispositivi medici, tuttavia, quanto alle modalità, il legislatore non ha adeguatamente bilanciato gli interessi in conflitto in violazione degli artt. 3, 41 e 42 Cost. anche sotto questo profilo. I provvedimenti impugnati e le norme primarie, di cui gli stessi costituiscono attuazione, alterano il funzionamento della libera concorrenza tutelata dall'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, come estrinsecazione della salvaguardia dell'iniziativa economica privata ex art. 41 della stessa Carta. In violazione dei principi euro-unitari e costituzionali a tutela della concorrenza e dell'iniziativa economica, anziché intervenire "a monte" sulle modalità di finanziamento della spesa sanitaria a tutela degli interessi generali, in*

*maniera del tutto illogica ed arbitraria il legislatore ha **fissato arbitrari tetti di spesa e posto per il 50% a carico di imprese private lo sforamento, impattando fortemente in un settore economico in regime di libero mercato e creando squilibri ingiustificati tra imprese che operano nel medesimo settore.** I provvedimenti impugnati, oltre che essere ingiustamente distorsivi della concorrenza, risultano illogici, incoerenti e contraddittori, penalizzando solo alcuni produttori di dispositivi medici e non altri, con l'effetto di rendere **più onerosa l'iniziativa economica di alcuni produttori rispetto ad altri,** in violazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 3 della Costituzione. Sotto altro angolo visuale riservano un identico trattamento a situazioni profondamente diseguali, essendo il prelievo indifferente rispetto alla diversa marginalità economica che caratterizza la moltitudine di prodotti che rientrano nella definizione di "dispositivo medico".*

Rientrano infatti in tale amplissima categoria (definita dal D.Lgs. n. 46/1997, oltre ai dispositivi medici impiantabili attivi di cui al D.Lgs n. 507/1992, ed ai dispositivi diagnostici in vitro di cui al D. Lgs. n. 332/2000) prodotti semplici e di uso quotidiano, quali cerotti, bende, siringhe, pannoloni e prodotti, ma anche prodotti complessi e costosi, quali pacemaker, valvole cardiache e protesi in genere, per cui un'azienda che vende prodotti a bassa marginalità è chiamata a rimborsare lo sforamento del tetto regionale con la percentuale del 50% rapportata al fatturato, al pari di aziende che vendono dispositivi medici a più alta marginalità.

2. Sotto altro, ma non meno rilevante profilo, il sistema normativo alla base del provvedimento impugnato, nonché quest'ultimo, che vi dà attuazione, violano l'art. 41 della Costituzione, in quanto integrano un'inammissibile lesione della libertà imprenditoriale delle aziende che colpisce.

Ed infatti, le aziende che vengono colpite dalla normativa sul cd. "payback" dei dispositivi medici conseguono la maggior parte del proprio fatturato mediante fornitura alle aziende del SSN, ovviamente partecipando alle procedure ad evidenza pubblica indette da queste ultime.

Come noto, la partecipazione alle procedure di gara e la formulazione delle relative offerte comportano delle valutazioni di natura commerciale in capo all'impresa, che comprendono sia la componente progettuale, quanto quella relativa al prezzo: in altri termini, per partecipare ad una gara il concorrente deve formulare la propria offerta alla Stazione appaltante tenendo conto di tutti i costi che dovrà complessivamente sostenere per l'esecuzione dell'appalto, aumentati delle spese

*generali e dell'utile d'impresa, affinché oltre ad essere sostenibile, essa risulti anche economicamente vantaggiosa per l'imprenditore che la sottomette. Con la partecipazione, il concorrente si assume la responsabilità della sostenibilità dell'offerta con la singola Amministrazione committente, giustificandone anche – ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 – la relativa congruità, sulla base del quadro economico di commessa sussistente alla data della formulazione. Il sistema “payback” incide su tale sostenibilità, **potenzialmente annientandola**, in quanto va ex post a “tassare” proprio il fatturato derivante da quegli stessi contratti, in modo indeterminato ed imprevedibile, creando di fatto l'alterazione dei presupposti economico-finanziari di sostenibilità delle offerte presentate in un numero indefinito di gare, nei confronti di un – altrettanto indefinito – numero di Stazioni appaltanti pubbliche.*

*La conseguenza che viene a crearsi è facilmente intuibile: le commesse pubbliche, inizialmente in attivo e congrue, vengono potenzialmente disequilibrate nel corso della loro esecuzione, divenendo diseconomiche, per via della tagliola lineare creata dal decreto payback che colpisce in via postuma l'azienda, e con essa i margini di utile atteso nelle offerte nelle more presentate. Ne risulta quindi una **totale proporzione, che trasmoda in irragionevolezza**, tra l'obiettivo perseguito dalla norma (l'utilità sociale di accollare parte della spesa sanitaria agli imprenditori che operano nel corrispondente ambito) e lo strumento utilizzato (la tassazione ex post dell'azienda per quello specifico servizio), che corrisponde di fatto ad una “tassa” indeterminata che pesa sulle aziende, non previamente quantificabile, legata a fattori del tutto indipendenti dalla propria capacità di controllo, che tuttavia incide direttamente sull'attività aziendale medio tempore esercitata potenzialmente vanificandola, alla luce dell'assurdamente ingente importo che le spese si trovano ora a dover versare (peraltro per più annualità) in unica soluzione allo Stato. La Corte Costituzionale si è già pronunciata **sull'incompatibilità costituzionale di norme che, con effetto sostanzialmente retroattivo in quanto applicabili anche ai rapporti in corso, incidano sulla libera autodeterminazione delle imprese**, nelle ipotesi in cui esse comportino restrizioni alla libertà imprenditoriali arbitrarie ed incongruenti, quindi irragionevoli, nel perseguimento di scopi di utilità sociale.*

7. Illegittimità derivata per violazione del diritto eurounitario (generali principi di uguaglianza, parità di trattamento e non

discriminazione tra imprese). Violazione dell'art. 16 e 52 della “Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea”

Quanto sin qui dedotto fa emergere un ulteriore profilo di illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati. Essi, infatti, danno attuazione ad una normativa nazionale che si pone in radicale contrasto con i generali principi di uguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione che informano l'intero ordinamento eurounitario. Come noto, detti principi impongono “che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato (v., in particolare, sentenza del 7 giugno 2005, VEMW e a., C-17/03, EU:C:2005:362, punto 48)” (ex multis CGUE, Sez. II, 4 maggio 2016, n. -477/14; CGUE, sez. II, 29 settembre 2016, n. c-492/14). L'introduzione di misure asimmetriche nei confronti di operatori concorrenti, dunque, può considerarsi lecita soltanto ove il relativo regime “di favore” trovi giustificazione nell'esigenza di perseguire un obiettivo di interesse generale e sia idoneo a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non ecceda quanto necessario perché esso sia raggiunto (CGUE, Sez. II, 4 maggio 2016, n. -477/14; CGUE 1° luglio 2014, Ålands Vindkraft, C-573/12). La distonia del sistema del payback sui dispositivi medici con tali principi è evidente. La sistematica sottostima dei tetti di spesa fanno sì che gli oneri di ripiano del deficit di spesa per dispositivi medici vengano a gravare maggiormente sulle imprese i cui prodotti hanno una bassa marginalità economica e da queste sostenute in misura proporzionale alle quote individuali di mercato determinate sulla base del solo fatturato. Al contempo le imprese che vendono dispositivi medici a strutture private convenzionate (il cui costo finale è comunque a carico del servizio sanitario pubblico) ovvero che vendono direttamente ad enti del servizio sanitario pubblico in regioni in cui vi è un'alta presenza di strutture private convenzionate vengono esonerate dall'obbligo di concorrere al ripiano dello sfioramento dei tetti. Si tratta di una disparità del tutto irragionevole e sproporzionata rispetto all'obiettivo di bilanciare il contenimento della spesa con la più ampia garanzia del diritto alla salute. Per tutto quanto sin qui dedotto, le limitazioni imposte dal meccanismo del payback alla libertà di impresa delle aziende farmaceutiche e le disparità di trattamento da esso generate non sono in grado di superare il giudizio di proporzionalità, con conseguente violazione degli artt. 16 e 52 della Carta di Nizza. Da tale non conformità del sistema del payback con l'ordinamento eurounitario discende la necessità di disapplicare la relativa normativa

(artt. 15 del d.l. n. 95/2012 e 1, commi 574-584, della legge n. 145/2018) e di procedere al conseguente annullamento/ disapplicazione dei provvedimenti impugnati. Deve, infatti, ritenersi ormai acquisito che “la piena applicazione del principio di primauté del diritto eurounitario comporta che, laddove una norma interna (anche di rango regolamentare) risulti in contrasto con tale diritto, e laddove non risulti possibile un’interpretazione di carattere conformativo, rest[a] comunque preclusa al Giudice nazionale la possibilità di fare applicazione di tale norma interna” (**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 giugno 2018, n. 9**). In via subordinata si chiede a codesto ill.mo Tribunale Amministrativo di voler disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 del TFUE, affinché la stessa si pronunci sul seguente quesito: “Dica codesta Ecc.ma Corte di Giustizia se i generali principi di uguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione, da un lato, e gli artt. 16 e 52 della Carta di Nizza, dall’altro, ostino ad una normativa nazionale, come quella delineata dall’art. 9-ter del D.L. 78/2015, che nelle sue concrete modalità applicative: da un lato, impone alle aziende che producono e/ o vendono dispositivi medici di concorrere al ripianamento dello sfondamento del tetto della spesa regionale; dall’altro, esonera dalla contribuzione o comunque chiama a contribuire in misura meno proporzionale le aziende che vendono dispositivi medici a strutture private convenzionate ovvero che vendono dispositivi medici ad enti del servizio sanitario pubblico in regioni in cui vi è un’alta presenza di strutture private convenzionate.”

* * *

A.2) Quanto ai già dedotti motivi aggiunti, reiterati in relazione sia alla nota della Regione Emilia-Romagna prot. 15 giugno 2023 0582228U, sia al decreto del Direttore Generale dell’Area Sanità e Sociale della Regione Veneto n. 101 del 20 luglio 2023

“8. Violazione dell’art. 9-ter, comma 1, lett. b) del D.L. 78/2015. Violazione del principio di legittimo affidamento, della certezza del diritto, dei limiti alla fissazione retroattiva dei tetti di spesa. Consumazione del potere. Eccesso di potere per irragionevolezza e difetto dei necessari presupposti

1. Un ulteriore vizio che si rileva per illegittimità derivata del provvedimento attuativo ivi impugnato riguarda l’Accordo Stato Regioni CSR n. 181/CSR del **7 novembre 2019** (Accordo – doc. 2), che ha definito i tetti di spesa regionali in via retroattiva, con un ritardo di oltre quattro

anni, in aperta ed insanabile violazione del termine del 15 settembre 2015, fissato dall'art. 9-ter, comma 1, lett. b) del D.L. n. 78/2015.

*La ratio alla base del termine previsto dalla norma è evidente: i tetti di spesa avrebbero dovuto essere stabiliti **ex ante**, in modo da fornire alle Amministrazioni regionali ed agli Enti del Servizio Sanitario Regionale un quadro che consentisse loro di poter orientare la propria azione in un contesto di prevedibilità; per le stesse ragioni è altresì evidente la ratio dell'aggiornamento periodico dei tetti regionali così fissati, previsto dal medesimo comma **con cadenza almeno biennale**.*

Con la fissazione retroattiva dei tetti di spesa, non solo si riscontra la palese violazione della norma, ma vengono altresì lesi i più elementari principi di buona amministrazione, di legittimo affidamento riposto dagli operatori sulla stabilità dei contratti sottoscritti nonché dell'esigenza che questi possano programmare le proprie attività sulla base di un quadro normativo conosciuto e definito fin dalla fase iniziale dell'esercizio di riferimento, espressione del fondamentale principio di certezza dei rapporti giuridici, valore fondante dello Stato di diritto.

***La fissazione dei tetti di spesa per l'acquisto di dispositivi medici riferiti agli anni 2015-2018, avvenuta in via retroattiva in data 7 novembre 2019, con oltre quattro anni di ritardo e quando i periodi di riferimento erano già completamente trascorsi, è dunque radicalmente illegittima**, essendosi consumato il potere con il decorso del termine all'uopo previsto.*

*2. In ossequio ai principi di certezza dei rapporti giuridici e di affidamento dei consociati (la cui violazione sarà oggetto del secondo motivo di ricorso) deve rilevarsi come il mancato rispetto del termine fissato dalla norma preclude all'Autorità l'adozione di qualsiasi atto tardivo; ed infatti, **gli effetti pregiudizievoli a carico delle aziende destinatarie del settore** rende inapplicabile la regola della natura ordinatoria dei termini non espressamente qualificati come perentori, come statuito di recente dalla giurisprudenza: "Rispetto ai procedimenti che conducono a conseguenze pregiudizievoli, **i termini sono sempre perentori**, a prescindere da un'espressa qualificazione normativa dei relativi provvedimenti, essendo la perentorietà **imposta dal principio di effettività del diritto di difesa e dal principio di certezza dei rapporti giuridici**. (...) L'esercizio di una **potestà amministrativa che ha conseguenze pregiudizievoli, di qualsiasi natura**, ed a prescindere da una espressa qualificazione in tal senso nella legge o nel*

regolamento che la preveda, **non può restare esposta sine die all'inerzia dell'autorità preposta**, essendo assimilabile all'esercizio di una attività sanzionatoria, sicchè va condiviso l'indirizzo espresso da questa Sezione che ha ritenuto, in più occasioni, argomentando analogamente, la perentorietà del termine per la conclusione del procedimento di natura sostanzialmente sanzionatoria (Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2018, n. 4657; v. anche Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2022, n. 5189)” (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 dicembre 2022, n. 11200).

3. Con riguardo alla fissazione retroattiva dei tetti di spesa, si rileva per mero scrupolo che nel diverso settore delle prestazioni rese da strutture private accreditate la giurisprudenza in passato ha ritenuto tali atti legittimi a condizione che fosse operato **un necessario contemperamento** tra le esigenze di equilibrio finanziario e le “legittime aspettative degli operatori privati che ispirano le loro condotte ad una logica imprenditoriale” (Adunanza Plenaria, 12 aprile 2012, n. 4; in termini: Adunanza Plenaria, 2 maggio 2006, n. 8), rinvenuto in quel caso nella **presenza di un budget preventivamente assegnato, negli anni precedenti, all'azienda ovvero, in sua mancanza, di un valore oggettivo al quale fare riferimento per programmare l'attività imprenditoriale.**

Ad analoghe conclusioni è giunto codesto Ecc.mo TAR con riguardo al *payback* farmaceutico, in ragione del fatto che le aziende avrebbero potuto “valutare ed orientare le proprie scelte imprenditoriali in relazione alla **preventiva individuazione dei presupposti applicativi e, cioè, ai dati relativi: alla complessiva spesa farmaceutica; al tetto individuato ex lege; al budget assegnato a ciascuna azienda**” (TAR Lazio, Sez. III-quater, 29 aprile 2015, n. 6173).

Ebbene, **nel caso di specie non è rinvenibile alcuno dei suddetti elementi di contemperamento:** non essendovi stata l'assegnazione alle singole imprese fornitrici di un budget annuale, è stato impedito alle stesse qualsivoglia controllo circa l'incidenza delle proprie vendite sulla spesa pubblica regionale, non sussistendo alcun riferimento per gli anni precedenti, atteso che ci si trova in presenza della prima applicazione del *payback*.

In un simile contesto la misura integra **un'incognita totalmente incalcolabile ed imprevedibile**, data l'assenza di elementi oggettivi che lasciano presumere che, a distanza di

anni, sarebbe stato richiesto una così consistente restituzione di ricavi derivanti da regolari contratti sulla cui stabilità si era invece riposto affidamento.

4. Sempre con riferimento alla fissazione retroattiva dei tetti di spesa applicabili al settore delle strutture private accreditate, il Consiglio di Stato ha in passato statuito che **“la latitudine della discrezionalità che compete alla Regione in sede di programmazione conosca un ridimensionamento tanto maggiore quanto maggiore sia il ritardo nella fissazione dei tetti”** (Adunanza Plenaria, 12 aprile 2012, n. 4).

Ebbene, il ritardo accumulato di oltre quattro anni, se non rende in radice illegittimo l'atto per consumazione del potere e per la totale frustrazione della sua ratio, è tale da provocare comunque l'azzeramento di qualsiasi discrezionalità; il profilo di illegittimità rileva nel provvedimento regionale, attuativo della normativa generale, impugnato in questa sede e immediatamente lesivo degli interessi dell'odierno ricorrente.

9. Violazione dell'art. 9-ter del D.L. 78/2015. Travisamento dei fatti. Violazione dei principi sulla trasparenza amministrativa di cui alla Legge n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione

Il comma 8 dell'art. 9-ter stabilisce che **il superamento del tetto di spesa nazionale, regionale e provinciale per l'acquisto di dispositivi medici sia rilevato “sulla base del fatturato di ciascuna azienda al lordo dell'IVA”**.

Nessuna deroga è stata prevista dal comma 9-bis (introdotto dall'art. 18 del D.L. n. 115/2022) per gli anni 2015-2018, essendosi limitato a prevedere che **l'elenco delle aziende fornitrici fosse determinato “previa verifica della documentazione contabile”**.

1. Ebbene, il D.M. 6 luglio 2022 ha disatteso la disposizione di cui all'anzidetto comma 8, avendo calcolato lo scostamento dal tetto di spesa delle Regioni non con riferimento al fatturato di ciascuna azienda fornitrice, ma bensì **“con riferimento ai dati di costo, rilevati a consuntivo per ciascuno dei predetti anni come risultanti dal modello CE del consolidato regionale (voce “BA0210 – Dispositivi medici”) del modello di rilevazione del conto economico”**.

Ciò ha fatto, ritenendo (erroneamente) di dover adempiere al disposto del comma 8 nella versione in vigore fino al 31 dicembre 2018 (prima cioè della modifica apportata dall'art. 1, comma 557 della L. 30 dicembre 2018, n. 145), come si evince dal preambolo del provvedimento: **“considerato**

che per gli anni 2015-2018 il calcolo dello scostamento della spesa rispetto al tetto deve essere effettuato con riferimento ai dati rilevati nei modelli di rilevazione economica consolidati regionali CER, facendo così riferimento al disposto normativo di cui al previgente comma 8 dell'art. 9-ter (...) rimasto in vigore fino a tutto l'anno 2018 ”.

Tale interpretazione della norma (secondo la quale il superamento del tetto di spesa per gli anni 2015-2018 avrebbe dovuto essere determinato con riferimento alla norma vigente al 31 dicembre 2018) non trova alcuna base giuridica.

La norma di cui al comma 9-bis è infatti assolutamente chiara nel rimandare al comma 8 sic et simpliciter, per cui il D.M. avrebbe dovuto calcolare i superamenti dei tetti prendendo a riferimento esclusivamente “il fatturato di ciascuna azienda”; criterio sulla base del quale, peraltro, le aziende fornitrici sono chiamate a ripianare lo sfioramento del tetto di spesa.

*La circostanza ha effetti sostanziali atteso che la rilevazione dello sfioramento del tetto di spesa, avvenuta sulla base delle risultanze dei bilanci consolidati regionali, è foriera di risultati erronei, come testimonia la circolare ministeriale n. 7435 del 17 marzo 2020, secondo la quale in base alla CND (Classificazione Nazionale Dispositivi Medici) “**non è possibile individuare delle categorie totalmente riconducibili ai dispositivi medici ad utilità pluriennale (...) per cui è necessario effettuare una valutazione puntuale al momento dell'acquisto**” (doc. 12 – circolare 7435/2020).*

Ne deriva che le appostazioni nei bilanci degli enti del Servizio Sanitario Regionale sono del tutto inattendibili, essendo altamente probabile che contengano errori di valutazione; circostanza che potrà essere dimostrata quando vi sarà stata integrale ostensione degli atti richiesti dall'esponente.

Da qui la radicale illegittimità de D.M. 6 luglio 2022, oltre che dei provvedimenti degli Enti del Servizio Sanitario Regionale, che hanno tutti adottato tale erroneo criterio.

*2. Quanto sopra vale anche per il D.M. 6 ottobre 2022, che ha dato applicazione al previgente testo del comma 8 dell'art. 9-ter del D.L. n. 78/2015 in vigore fino al 31 dicembre 2018, dettando le “linee guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali” e prevedendo: i) per gli **enti del Servizio Sanitario Regionale** una procedura di ricognizione delle fatture “correlate ai costi iscritti alla voce BA0210 del modello CE consuntivo” (art. 3, comma 1), nonché che il fatturato di ciascuna azienda sia determinato dalla somma degli importi delle fatture*

“contabilizzati nel modello CE alla voce BA0210” (art. 3 comma 2) e che tali risultanze siano validate e certificate dai direttori generali degli enti del Servizio Sanitario Regionale; ii) che le Regioni “a seguito di quanto previsto all’art. 3 (...) verificano la coerenza del fatturato complessivo indicato nelle deliberazioni aziendali di cui all’art. 3, comma 3, **con quanto contabilizzato alla voce BA210 del modello CE consolidato regionale (999) dell’anno di riferimento**” (art. 4, comma 1).

È evidente che le Linee Guida siano anch’esse in aperta violazione dell’art. 9-ter, comma 8, del D.L. n. 78/2015, indicando agli Enti del Servizio Sanitario Regionale ed alle Regioni di tenere conto di dati rilevati nei modelli CE consuntivi e consolidati regionali, che nessun rilievo devono avere nel processo di determinazione del calcolo del fatturato delle aziende fornitrici.

Valorizzando i risultati dei consuntivi CE e del consolidato regionale CE, si introduce nel procedimento un criterio non previsto dalla norma che, per forza di cose, conduce a risultati erronei.

11. Illegittimità derivata per violazione degli artt. 3, 42, 43 e 53 Cost. Violazione dell’art. 9 -ter, comma 9-bis del D.L. 78/2015. Eccesso di potere, manifesta ingiustizia, violazione del principio di buon andamento ed imparzialità

Il comma 9-bis dell’art. 9-ter del D.L. 19 giugno 2015 n. 78, comma introdotto dall’art. 18, comma 1 del D.L. 9 agosto 2022 n. 115 convertito, con modificazioni, dalla L. 21 settembre 2022 n. 142 prevede che: “nel caso in cui le aziende fornitrici di dispositivi medici non adempiano all’obbligo del ripiano di cui al presente comma, i debiti per acquisti di dispositivi medici delle singole regioni e province autonome, anche per il tramite degli enti del servizio sanitario regionale, nei confronti delle predette aziende fornitrici inadempienti sono compensati fino a concorrenza dell’intero ammontare”.

Il meccanismo della compensazione presenta molteplici profili di illegittimità costituzionale, correlati alle medesime censure fin qui rilevate sull’intero sistema normativo in materia di payback e per di più risulta esso stesso incostituzionale.

Tale istituto, infatti, è sproporzionato rispetto al sacrificio imposto alle imprese, con conseguente irragionevolezza della disposizione in esame e contrarietà all’art. 3 Cost., nonché ai principi

di cui agli artt. 41, 42 e 53 Cost., in quanto lesivo della libertà di iniziativa economica e di pianificazione imprenditoriale delle aziende in questione.

Il sistema della compensazione è altresì **illegittimo** per operatività tardiva dell'istituto.

Difatti, l'istituto della compensazione è entrato in vigore con l'adozione del provvedimento regionale qui impugnato, in epoca successiva all'emanazione del D.M. del 6 luglio 2022 che, avendo certificato il superamento del tetto spesa, è da qualificarsi atto presupposto dell'emanazione dello stesso provvedimento regionale di ripiano e che non contiene alcun riferimento all'istituto della compensazione, al pari delle Linee Guida di cui al D.M. del 6 ottobre 2022, per quanto entrambi i provvedimenti siano successivi all'introduzione del comma 9-bis citato.

Il provvedimento regionale contestato è inoltre illegittimo ai sensi dell'art. 1243 c.c., nella parte in cui invoca l'operatività del meccanismo della compensazione nonostante l'impossibilità giuridica di richiamare tale istituto attesa l'insussistenza dei requisiti di liquidità, inclusiva del requisito della certezza, e dell'esigibilità.

Per pacifica giurisprudenza, infatti, “la compensazione, legale o giudiziale, rimane impedita tutte le volte in cui il credito opposto in compensazione sia stato ritualmente contestato in diverso giudizio non ancora definito, risultando a tal fine irrilevante l'eventuale sentenza di merito o provvedimento di condanna, anche se immediatamente esecutivi, emessi in quel giudizio, perché non consentono di ritenere integrato il requisito della definitività dell'accertamento, e dunque della certezza del controcredito”(ex multis, TAR Lazio, Sez. II, 19 gennaio 2021, n. 718).

Ebbene, in nessun caso allora l'istituto della compensazione poteva essere invocato nell'ipotesi di mancato pagamento del payback da parte delle aziende fornitrici.”

A.3) Quanto ai motivi aggiunti già dedotti, reiterati in relazione alla nota della Regione Emilia-Romagna, Direzione Generale Cura della Persona, Salute e Welfare prot. 15 giugno 2023 0582228U

“10. Violazione ed errata applicazione dell'art. 9-ter del D.L. 78/2015. Violazione degli artt. 3 e 7 e ss. della Legge n. 241/1990. Violazione del principio di trasparenza, di buon andamento ed imparzialità della P.A. Violazione del principio di partecipazione al procedimento. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Difetto di istruttoria e di motivazione

1. La Regione Emilia - Romagna, con Determina dirigenziale n. 24300 del 12 dicembre 2022, ha approvato gli oneri di ripiano della spesa a carico di ciascun'azienda fornitrice (Determinazione Regionale, Allegato - doc. 1).

Orbene, il succitato provvedimento regionale ed i provvedimenti degli Enti del Servizio Sanitario Regionale, adottati in recepimento delle previsioni normative di cui all'art. 9-ter, comma 9-bis del D.L. n. 78/2015 e del D.M. del 6 ottobre 2022, si palesano illegittimi per un ulteriore vizio afferente all'iter procedimentale seguito.

*La Determinazione è stata pubblicata il 12 dicembre 2022 sul portale istituzionale della Regione Emilia- Romagna, poi comunicata a mezzo pec il 13 dicembre 2022; **senza alcuna comunicazione preventiva di avvio del procedimento**, ai sensi dell'art. 7 della L. 241/1990, privando in tal modo l'odierna ricorrente del diritto di partecipazione e di contraddittorio con l'Amministrazione.*

Rileva infatti che, prima della comunicazione della Determinazione in oggetto, la ricorrente non ha ricevuto alcuna nota informativa e/o comunicazione di avvio della fase endoprocedimentale da parte della Regione Emilia- Romagna; pertanto, l'odierna esponente non ha potuto presentare osservazioni o richieste di chiarimenti sull'attività istruttoria dell'Amministrazione.

2. L'omessa comunicazione di avvio del procedimento e la conseguente mancata partecipazione al contraddittorio, in spregio delle previsioni normative di cui agli artt. 7 e ss. della L. n. 241/90 e ss.mm.ii., nonché dei principi di buon andamento, partecipazione, trasparenza e corretta istruttoria presidiati dall'art. 97 Cost., oltre ad aver determinato una lesione dei diritti della ricorrente, ha evidentemente contribuito a determinare gli errori in ordine agli importi imputati alle aziende fornitrici lamentati nelle precedenti censure.

Difatti, non è stata fornita alle imprese interessate alcuna occasione di partecipazione all'attività istruttoria, né alcuna indicazione in ordine agli importi per i quali si intendeva procedere.

Pertanto, le aziende fornitrici interessate dal provvedimento non sono state concretamente poste nella condizione di verificare l'esattezza dei dati e dei criteri, di interloquire sul punto e quindi di partecipare attivamente al procedimento, avendone, invero, pieno, concreto e personale interesse al fine di far valere le proprie ragioni in ordine alla corretta quantificazione dei dati.

*Rilevante è stata in tal senso la concreta **compromissione delle garanzie***

partecipative dell'odierna esponente.

*Per granitica giurisprudenza, infatti “gli obblighi previsti alla legge 7.8.1990, n. 241...garantiscono una partecipazione piena ed effettiva dell'interessato al giusto procedimento di legge, in funzione non solo difensiva, ma anche collaborativa, nella prospettiva di un potere esercitato in maniera sempre più condivisa...La garanzia partecipativa prevista dagli artt. 7 e 10, l. n. 241/1990 **è rivolta ad assicurare un effettivo e proficuo apporto collaborativo del privato al procedimento e la sua violazione assume rilievo ogni qual volta la mancata partecipazione abbia impedito al medesimo di apportare utili elementi** da sottoporre alla valutazione dell'Amministrazione interessata”(da ultimo, TAR Campania, Sez. VIII, 10 giugno 2021, n. 3924).*

Per tutto quanto visto, è allora evidente l'illegittimità del provvedimento impugnato, posto che l'odierna ricorrente, laddove avesse ricevuto comunicazione dell'avvio dell'iter procedimentale, avrebbe potuto dedurre elementi utili per l'Amministrazione, anche al fine di evitare i vizi di calcolo dedotti con le precedenti censure.

3. Sotto un ulteriore profilo, l'attività endoprocedimentale si palesa illegittima per difetto di istruttoria e di motivazione della Determinazione regionale e i relativi allegati.

Ebbene, nel provvedimento, come lamentato nella precedente censura, non solo non vengono fornite ulteriori delucidazioni circa i criteri di calcolo, i dati di costo ritenuti rilevanti e risultanti dal modello di CE, la tipologia di dispositivi inclusi nel calcolo della spesa, l'eventuale scorporo dell'IVA e del costo dei servizi connessi alla fornitura, ma neppure vengono riportati i dati e la metodologia applicata per giungere alle quote di sforamento attribuite alla spesa per gli acquisti e per il relativo payback richiesto alle aziende.

La totale assenza di indicazione sul metodo impiegato e sui dati presi in esame durante la fase istruttoria dall'Amministrazione, non ha consentito (e non consente tutt'oggi) all'odierna esponente di accertare la correttezza dei calcoli, in palese violazione anche delle Linee Guida di cui al D.M. del 6 ottobre 2022.

Invero, nella Determina impugnata si fa riferimento esclusivamente all'importo del ripiano dovuto complessivamente da ciascun fornitore per ciascuna annualità, calcolato sulla base della somatoria dei dati forniti delle singole strutture del Sistema Sanitario Regionale.

Parimenti, non vengono indicati i dati aggregati per fornitore e neppure specificate le singole fatture prese in considerazione dalle strutture del SSN.

Sicché, è evidente la grave violazione di qualsiasi onere istruttorio e motivazionale richiesto all'Amministrazione, ai sensi degli artt. 10 e ss. della L. n. 241/1990, nonché dei principi di buon andamento e trasparenza.

*E tale omissione, nella prospettiva della ricorrente, non consente a quest'ultima di vagliare al meglio e in modo completo la correttezza dell'operato, pretendendo di riconoscere fede privilegiata all'operato della Pubblica Amministrazione, avulsa da ogni riferimento documentale e al di fuori di ogni specifica disposizione normativa, in palese contrasto con il principio di trasparenza dell'azione amministrativa e con il principio secondo il quale spetta all'Amministrazione provare la fondatezza e la veridicità dei fatti sui quali il provvedimento si fonda (si veda in tal senso **TAR Lazio, Sez. III-quater, 25 marzo 2015, n. 4538**).”*

A.4) Quanto ai motivi aggiunti già dedotti, reiterati in relazione al decreto del Direttore Generale dell'Area Sanità e Sociale della Regione Veneto n. 101 del 20 luglio 2023, ed al relativo Allegato A

“10. Violazione dell'art. 9-ter del D.L. 78/2015. Travisamento dei fatti. Violazione dei principi sulla trasparenza amministrativa di cui alla Legge n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

*Gli errori di valutazione e l'illegittimità del criterio di determinazione della spesa e del calcolo del fatturato delle aziende fin qui esposte, risultano provati dal **provvedimento regionale** adottato ai sensi dell'art. 9-ter, comma 9-bis del D.L. n. 78/2015, il quale ha determinato **un importo di ripiano differente rispetto a quello indicato nel D.M. 6 luglio 2022.***

In attuazione della circolare del Ministero della salute del 29 luglio 2019 prot. n. 22413 – che aveva previsto una ricognizione da parte degli enti del SSN della ripartizione del fatturato relativo ai dispositivi medici tra i singoli fornitori debitamente riconciliato con i valori contabilizzati nel modello CE di ciascun anno 2015- 2018 – la Regione ha trasmesso al Ministero gli importi relativi alla spesa per dispositivi medici, dai quali il Ministero ha ricavato i valori di sfioramento e quelli di ripiano a carico dei fornitori, indicati negli allegati al D.M. del 6 luglio 2022.

In particolare, la Regione ha comunicato al Ministero valori che determinavano i seguenti importi di ripiano, rinvenibili nel D.M. 6 luglio 2022:

- 2015: 45.588.803 euro;

- 2016: 56.496.337 euro;

- 2017: 61.986.071 euro;

- 2018: 67.706.350 euro.

Ebbene, nel provvedimento ivi impugnato, la Regione rileva, con tre anni di ritardo, “la presenza di fatture per acquisti da soggetti pubblici e/o fattispecie non riconducibili a fatturazione all'interno del totale della spesa per l'acquisto di dispositivi medici (...).”

Ne consegue, nella parte dispositiva, al punto 5, l'attestazione che “il minor ammontare di ripiano conseguente alla presenza di fatture per acquisti da soggetti pubblici e/o "fattispecie non riconducibili a fatturazione", all'interno del totale della spesa per l'acquisto di dispositivi medici, risulta di euro 1.083.598,03 per l'anno 2015, di euro 1.348.833,51 per l'anno 2016, di euro 1.553.635,47 per l'anno 2017 e di euro 1.496.628,67 per l'anno 2018, per un totale complessivo di euro 5.482.695,68”, riconducendo tali errori a: “errate classificazioni (fattispecie non riconducibili a fatturazioni)”, acquisti cassa economale, costi per IVA in autoconsumo, fatture da ricevere e note di credito da ricevere “erratamente stimate”.

Tali errori, comprovano ancor più, semmai ve ne fosse bisogno, l'illegittimità dei provvedimenti contestati.

11. Violazione ed errata applicazione dell'art. 9-ter del D.L. 78/2015. Violazione degli artt. 3 e 7 e ss. della Legge n. 241/1990. Violazione del principio di trasparenza, di buon andamento ed imparzialità della P.A. Violazione del principio di partecipazione al procedimento. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Difetto di istruttoria e di motivazione.

Il provvedimento regionale, adottato in recepimento delle previsioni normative di cui all'art. 9-ter, comma 9-bis del D.L. 78/2015 e del D.M. del 6 ottobre 2022, si palesa illegittimo per un ulteriore vizio afferente l'iter procedimentale seguito dall'Amministrazione.

Il decreto è stato pubblicato sul BUR senza alcuna comunicazione preventiva di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7 della L. n. 241/1990, privando in tal modo l'odierna ricorrente del diritto di partecipazione e di contraddittorio con l'Amministrazione.

Rileva infatti che, prima della comunicazione del provvedimento in oggetto, la ricorrente non ha ricevuto alcuna nota informativa e/o comunicazione di avvio della fase endoprocedimentale da parte della Regione; pertanto, l'odierna esponente non ha potuto presentare osservazioni o richiesta di chiarimenti sull'attività istruttoria dell'Amministrazione.

1. L'omessa comunicazione di avvio del procedimento e la conseguente mancata partecipazione al contraddittorio, in spregio delle previsioni normative di cui agli artt. 7 e ss. della L. n. 241/1990 e ss.mm.ii., nonché dei principi di buon andamento, partecipazione, trasparenza e corretta istruttoria presidiati dall'art. 97 Cost., oltre ad aver determinato una lesione dei diritti del ricorrente, ha evidentemente contribuito a determinare gli errori in ordine agli importi imputati alle aziende fornitrici lamentati nelle precedenti censure.

Difatti, non è stata fornita alle imprese fornitrici alcuna occasione di partecipazione all'attività istruttoria, né alcuna indicazione in ordine agli importi per i quali si intendeva procedere.

Pertanto, le aziende fornitrici interessate dal provvedimento non sono state concretamente poste nella condizione di verificare l'esattezza dei dati e dei criteri, di interloquire sul punto e quindi di partecipare attivamente al procedimento, avendone, invero, pieno, concreto e personale interesse, al fine di far valere le proprie ragioni in ordine alla corretta quantificazione dei dati.

*Rilevante è stata in tal senso la concreta **compromissione delle garanzie partecipative dell'odierna esponente.***

*Per granitica giurisprudenza, infatti “ gli obblighi previsti alla legge 7.8.1990, n. 241 ...garantiscono una partecipazione piena ed effettiva dell'interessato al giusto procedimento di legge, in funzione non solo difensiva, ma anche collaborativa, nella prospettiva di un potere esercitato in maniera sempre più condivisa...La garanzia partecipativa prevista dagli artt. 7 e 10, l. n. 241/1990 **è rivolta ad assicurare un effettivo e proficuo apporto collaborativo del privato al procedimento e la sua violazione assume rilievo ogni qual volta la mancata partecipazione abbia impedito al medesimo di apportare utili elementi** da sottoporre alla valutazione dell'Amministrazione interessata”(da ultimo, TAR*

Campania, Sez. VIII, 10 giugno 2021, n. 3924).

Per tutto quanto visto, è allora evidente l'illegittimità del provvedimento impugnato, posto che l'odierna ricorrente, laddove avesse ricevuto comunicazione dell'avvio dell'iter procedimentale, avrebbe potuto dedurre elementi utili per l'Amministrazione, anche al fine di evitarle i vizi di calcolo dedotti con le precedenti censure.

2. Sotto un ulteriore profilo, l'attività endoprocedimentale si palesa illegittima per difetto di istruttoria e di motivazione del provvedimento regionale.

Ebbene, nel provvedimento, come lamentato nella precedente censura, non solo non vengono fornite ulteriori delucidazioni circa i criteri di calcolo, i dati di costo ritenuti rilevanti e risultanti dal modello di CE, la tipologia di dispositivi inclusi nel calcolo della spesa, l'eventuale scorporo dell'IVA e del costo dei servizi connessi alla fornitura, ma neppure vengono riportati i dati e la metodologia applicata per giungere alle quote di sforamento attribuite alla spesa per gli acquisti e per il relativo payback richiesto alle aziende.

La totale assenza di indicazione sul metodo impiegato e sui dati presi in esame durante la fase istruttoria dall'Amministrazione, non ha consentito (e non consente tutt'oggi) all'odierna esponente di accertare la correttezza dei calcoli, in palese violazione anche delle Linee Guida di cui al D.M. del 6 ottobre 2022.

Invero, nel provvedimento impugnato si fa riferimento esclusivamente all'importo del ripiano dovuto complessivamente da ciascun fornitore per ciascuna annualità, calcolato sulla base della sommatoria dei dati forniti delle singole strutture del Servizio Sanitario Regionale. Parimenti, non vengono indicati i dati aggregati per fornitore e neppure specificate le singole fatture prese in considerazione dalle strutture del SSN.

Sicché, è evidente la grave violazione di qualsiasi onere istruttorio e motivazionale richiesto all'Amministrazione, ai sensi degli artt. 10 e ss. della L. n. 241/1990, nonché dei principi di buon andamento e trasparenza.

E tale omissione, nella prospettiva della ricorrente, non consente a quest'ultima di vagliare al meglio e in modo completo la correttezza dell'operato dell'Amministrazione, finendo per riconoscerne un'affidabilità avulsa da ogni riferimento documentale e al di fuori di ogni specifica disposizione normativa, in palese contrasto con il principio di trasparenza dell'azione amministrativa e con il

principio secondo il quale spetta all'Amministrazione provare la fondatezza e la veridicità dei fatti sui quali il provvedimento si fonda (si veda in tal senso: TAR Lazio, Sez. III-quater, 25 marzo 2015, n. 4538)”.

Parte B): Motivi di illegittimità derivata dall'illegittimità costituzionale dell'art. 8 del D.L. 34/2023

Con i motivi che seguono la ricorrente contesta la legittimità di tutti i provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti, inclusi i provvedimenti impugnati con il presente atto, anche in ragione della manifesta illegittimità costituzionale, sotto diversi profili, dell'art. 8, comma 3, del D. L. n. 34/2023, convertito con modificazioni dalla Legge 26 maggio 2023, n. 56.

Detta norma, per le ragioni che seguono, è incostituzionale; onde i provvedimenti gravati debbono essere caducati per effetto dell'illegittimità costituzionale delle norme da cui traggono fonte (Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 giugno 2017, ordinanza n. 3008), delle quali si solleva la seguente questione di costituzionalità.

Premessa

L'art. 8 del D.L. n. 34/2023 è qualificabile quale legge-provvedimento, ovvero atto avente forza di legge con il contenuto tipico di un provvedimento amministrativo, il che avviene quando *“con previsione dal contenuto puntuale e concreto, una legge o una sua disposizione incidono su un numero limitato di destinatari”* (Corte Costituzionale, 16 luglio 2019, n. 181; Corte Costituzionale, 9 febbraio 2018, n. 24; Corte Costituzionale, 10 ottobre 2014, n. 231), *“attraendo nella sfera legislativa quanto normalmente affidato all'autorità amministrativa”* (Corte Costituzionale, 27 febbraio 2020, n. 168; Corte Costituzionale, 19 maggio 2017, n. 114).

La norma in questione, infatti, “incide su un numero limitato di destinatari”, essendo destinata alle sole aziende produttrici di dispositivi medici coinvolte nel procedimento di payback, ed attrae quanto normalmente affidato alla cura dell'autorità amministrativa, istituendo un fondo destinato a coprire una parte degli oneri

di ripiano addossati a tali aziende, prevedendo direttamente le condizioni ed i requisiti per poterne beneficiare.

Anche gli effetti giuridici prodotti dalla norma sono quelli tipici di un provvedimento amministrativo, riducendo l'entità dello sfondamento del tetto di spesa dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, con ciò modificando gli importi di ripiano dello sfondamento dei tetti di spesa indicati nei precedenti provvedimenti amministrativi, nazionali e regionali.

E' appena il caso di ricordare che le leggi-provvedimento non sono di per sé incompatibili con l'assetto dei poteri del nostro ordinamento, tuttavia, ***“in considerazione del pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di questo tipo, esse devono soggiacere a uno scrutinio stretto di costituzionalità, sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta legislativa”*** (ex plurimis, Corte Costituzionale, 25 luglio 2022, n. 186; Corte Costituzionale, 23 giugno 2020, n. 116; Corte Costituzionale, 16 luglio 2019, n. 181; Corte Costituzionale, 13 luglio 2017, n. 182; Corte Costituzionale, 18 marzo 2005, n. 114); scrutinio che deve essere ***“tanto più rigoroso quanto più marcata sia la natura provvedimentale della disposizione”*** (Corte Costituzionale, 20 novembre 2013, n. 275; Corte Costituzionale, 8 maggio 2009, n. 137; Corte Costituzionale, 2 luglio 2008, n. 241).

Inoltre, la loro coerenza alla Costituzione va *“valutata in relazione al loro specifico contenuto”* anche alla luce dei *“criteri che ispirano le scelte con esse realizzate, nonché le relative modalità di attuazione”* (Corte Costituzionale, 29 marzo 2021, n. 49).

Nel caso di specie, come si espliciterà nei motivi che seguono, i suddetti limiti sono stati tutti palesamente superati dall'art. 8, comma 3 del D. L. n. 34/2023, ispirato unicamente dall'obiettivo di scoraggiare la prosecuzione di un contenzioso imponente, al solo fine di permettere alle Regioni la chiusura dei bilanci e **subordinando l'accesso al contributo da parte delle aziende alla rinuncia di un diritto costituzionalmente garantito.**

Anche da ultimo, la Corte Costituzionale ha chiarito che, nei riguardi delle leggi-provvedimento, “*il sindacato **non si arresta** alla valutazione del proposito del legislatore cioè alla verifica di una <<ragion sufficiente>>”*, che cioè basti a giustificare la scelta di intervenire con legge provvedimento, ma si estende al “**giudizio di congruità del mezzo approntato rispetto allo scopo perseguito e al giudizio di proporzionalità della misura selezionata in vista dell’ottenimento di quello scopo**”, occorrendo “*saggiare la ragionevole proporzione tra lo strumento prescelto e le esigenze da soddisfare, in vista del **minor sacrificio possibile di altri principi o valori costituzionalmente protetti**”* (Corte Costituzionale, 25 luglio 2022, n. 186).

Ebbene, tali “paletti” nella fattispecie son stati tutti superati, atteso che la disposizione esclude dal beneficio della riduzione degli obblighi di ripiano le sole aziende che, come la ricorrente, non hanno inteso abdicare ad un diritto costituzionalmente garantito (quale il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*), determinando, al contempo, la violazione di altri principi costituzionali, primo fra tutti l’art. 3 Cost. in ragione della sperequazione operata nei confronti degli altri operatori.

Risulta, dunque, dimostrata la violazione della “ragionevole proporzione” tra il mezzo e il fine nonché il canone del minor sacrificio possibile di altri valori costituzionalmente protetti, con conseguente irragionevolezza e illegittimità costituzionale della contestata previsione di legge

1. Illegittimità derivata per l’illegittimità costituzionale dell’art. 8, comma 3 del D.L. 34/2023, convertito con modificazioni con la L. 56/2023, per violazione dei principi costituzionali di cui all’art. 3 Cost.

L’art. 8, comma 3, del D.L. n. 34/2023 è incostituzionale, per violazione dei principi di cui all’**art. 3 Cost.**, recante i fondamentali canoni dell’eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza.

Infatti, avendo legislatore attribuito alle Regioni e alle Province autonome un fondo di 1.085 miliardi di euro per la copertura di una quota pari al 52% dello sforamento registrato dal D.M. 6 luglio 2022 rispetto ai tetti di spesa per l’acquisto di

dispositivi medici nel quadriennio 2015-2018, le somme richieste alle aziende fornitrici avrebbero dovuto **ridursi**, proporzionalmente, ed in pari misura **per tutte le aziende fornitrici**.

In altri termini, con l'assegnazione a ciascuna regione e provincia autonoma di tale fondo (per una quota proporzionale agli importi determinati dal D.M. 6 luglio 2022) sarebbe stato **equo, proporzionato e ragionevole** rideterminare, per l'effetto, l'importo degli sforamenti dei tetti di spesa di tutte le Regioni ed accertare la riduzione, per una percentuale corrispondente, delle somme precedentemente addebitate a titolo di *payback* a **tutte le aziende fornitrici di dispositivi medici, indistintamente**.

Viceversa, l'art. 8 del D.L. n. 34/2023 ha scelto - del tutto **irragionevolmente** - di mantenere invariati gli importi degli sforamenti dei tetti di spesa regionali (nonostante l'attribuzione di un fondo pari al 52% degli sforamenti registrati in ciascuna regione) ma di concedere uno sconto del 52% **alle sole imprese che non abbiano avviato un contenzioso o che vi rinuncino**.

Tale opzione è del tutto irragionevole e sproporzionata sotto diversi e plurimi profili.

1. Sotto un primo profilo la norma viola i principi di **eguaglianza, proporzionalità e non discriminazione**.

A seguito dell'attribuzione in favore delle Regioni del fondo previsto dall'art. 8 del D.L. n. 34/2023 **gli importi richiesti dalle Regioni alle aziende fornitrici che hanno presentato ricorso e che non hanno inteso rinunciare risultano indebiti e sovrabbondanti rispetto agli importi da ripianare**, poiché secondo il meccanismo delineato dall'art. 8 del D.L. n. 34/2023, al contributo statale non corrisponde una proporzionale e corrispondente riduzione delle somme richieste alle aziende fornitrici.

Per meglio far comprendere il concetto, si consideri, ipoteticamente, una Regione per la quale il D.M. 6 luglio 2022 ha registrato, nel quadriennio 2015-2018, uno sforamento del tetto di spesa con una quota da ripartire tra tutte le aziende fornitrici

per complessivi 100.000.000 €, e che le aziende fornitrici di quella Regione nel medesimo periodo siano in totale 10, ciascuna con il medesimo fatturato (debitrici quindi di 10.000.000 € ciascuna nei confronti della regione).

In forza dell'art. 8 del D. L. n. 34/2023 la Regione riceverà dallo Stato un fondo pari a 52.000.000 € **riducendo l'importo da ripianare ad € 48.000.000** (100.000.000 € sfioramento da ripianare - 52.000.000 € fondo statale).

Nel caso in cui tutte le 10 aziende avessero attivato il contenzioso e solo una delle dieci aziende avesse deciso di rinunciarvi, **poiché le restanti nove aziende dovrebbero ripianare l'intero importo richiesto, la Regione avrebbe un surplus di entrate rispetto allo sfioramento effettivo da ripianare** pari a 46.800.000 € (- 100.000.000 + 52.000.000 + 9 *10.000.000 € *payback* aziende non rinuncianti + 1* 4.800.000 € *payback* azienda rinunciante).

È evidente allora l'illegittimità dell'art. 8 del D.L. n. 34/2023 per violazione dell'art. 3 Cost., nella misura in cui impone agli operatori economici, in modo del tutto irragionevole ed ingiustificato, **un prelievo del tutto scollegato dagli effettivi sfioramenti regionali da ripianare e sovrabbondante per le aziende che non rinuncino al ricorso.**

2. Sotto altro profilo la norma ha sottoposto ad un differente ed ingiustificato trattamento, in violazione dell'art. 3 Cost., imprese fornitrici di dispositivi medici che si trovano in una identica situazione, avendo tutte partecipato a gare pubbliche per la fornitura.

Secondo costante ed univoca giurisprudenza costituzionale, situazioni giuridiche soggettive aventi contenuto analogo (e in questo caso persino identico) non possono essere trattate dal legislatore in maniera differenziata in assenza di ragionevoli motivi. È consolidato l'orientamento secondo cui se eguaglianza significa trattare in modo eguale situazioni eguali, sono illegittime le norme che istituiscono un trattamento differenziato per situazioni eguali e quelle che disciplinano in modo uguale situazioni tra loro diverse (cfr. tra le altre, Corte Costituzionale, 8 luglio 2022, n. 171; Corte Costituzionale 23 marzo 2021, n 71; Corte Costituzionale, 7 maggio 2020, n. 85; Corte Costituzionale, 30 gennaio 2028, n. 13).

La norma di cui all'art. 8 del D.L. n. 34/2023 è anche in contrasto con i principi di uguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione che informano l'intero ordinamento euro unitario, che impongono “*che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato (v., in particolare, sentenza del 7 giugno 2005, VEMW e a., C-17/03, EU:C:2005:362, punto 48)*” (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. II, 29 settembre 2016, n. c-492/14; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. II, 4 maggio 2016, n. c-477/14).

E nel caso di specie non sussistono le ragionevoli ed obiettive giustificazioni per differenziare la posizione delle aziende tenute al pagamento del *payback* per i dispositivi medici, come emerge in modo lampante dal fatto che l'unico elemento preso in considerazione dal legislatore per operare tale differenziazione è esclusivamente la rinuncia all'azione giurisdizionale intrapresa.

2. Illegittimità derivata per l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 3 del D.L. 34/2023, convertito con modificazioni con la L. 56/2023, per violazione dei principi costituzionali di cui agli articoli 24 (diritto di difesa), 113 Cost. (piena tutela giurisdizionale contro gli atti della P.A.), 111 Cost. (parità delle armi nel processo) e 117. Cost. in relazione all'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo (principi di parità delle armi nel processo e del giusto processo) nonché per violazione dell'art. 77 Cost.

La norma di cui all'art. 8 del D.L. n. 4/2023 determina anche una illegittima ed inaccettabile compromissione del diritto di difesa e dell'effettività della tutela giurisdizionale, sanciti dagli **artt. 24 e 113 Cost.**, sotto plurimi profili.

1. In primo luogo, la norma di cui all'art. 8, comma 3, del D.L. n. 34/2023, riservando l'accesso al beneficio della riduzione al 48% del *payback* alle sole imprese che rinuncino ai contenziosi avviati, si pone in frontale contrasto con l'**art. 24 Cost.** che dispone, al comma 1, che “**tutti** possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi” e, al comma 2, precisa che “la difesa è diritto **inviolabile** in ogni stato e grado del procedimento (...)”, oltre che con l'**art. 113 Cost.**, secondo il quale “Contro gli

atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa” e “Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti” (comma 2).

Vale ricordare che il diritto di difesa presidiato dalle suddette norme costituzionali è un **principio supremo, inviolabile e fondamentale dell’ordinamento costituzionale** (si veda Corte Costituzionale, 24 gennaio 2022, n. 18; Corte Costituzionale 22 ottobre 2021, n. 238; Corte Costituzionale, 21 aprile 1989, n. 232) “da annoverarsi tra quelli inviolabili e caratterizzanti lo stato democratico di diritto” (Corte Costituzionale, 11 febbraio 1999, n. 26; Corte Costituzionale, 9 maggio 2014, n. 120; Corte Costituzionale, 14 dicembre 2004, n. 386; Corte Costituzionale, 4 febbraio 2003, n. 29) tale da richiedere una tutela effettiva dei diritti dei singoli (Corte Costituzionale, 23 giugno 2014, n. 182; Corte Costituzionale, 5 giugno 2013, n. 19; Corte Costituzionale, 23 luglio 2010, n. 281).

Secondo la Corte Costituzionale le norme che incidono sui contenziosi in corso, non possono determinare la compressione di tale fondamentale diritto costituzionale attraverso l’ingerenza “in corsa” negli esiti degli stessi, tanto meno per meri “**motivi finanziari**” volti a contenere la spesa pubblica: “*I soli motivi finanziari, volti a contenere la spesa pubblica o a reperire risorse per far fronte a esigenze eccezionali, non bastano a giustificare un intervento legislativo destinato a ripercuotersi sui giudizi in corso [...]. L’efficacia retroattiva della legge, finalizzata a preservare l’interesse economico dello Stato che sia parte di giudizi in corso, si pone in evidente e aperta frizione con il principio di parità delle armi nel processo e con le attribuzioni costituzionalmente riservate all’autorità giudiziaria [...]. A tale proposito, la giurisprudenza della Corte EDU è costante nell’affermare che, seppure in linea di principio non è precluso al legislatore disciplinare, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, tuttavia, «il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall’art. 6 ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all’ingerenza del potere legislativo nell’amministrazione della giustizia al fine di influenzare l’esito giudiziario di una controversia» [...]. Le leggi retroattive o di interpretazione autentica che intervengono in pendenza di giudizi di cui lo Stato è*

parte, in modo tale da influenzarne l'esito, comportano un'ingerenza nella garanzia del diritto a un processo equo e violano un principio dello stato di diritto garantito dall'art. 6 CEDU" (Corte Costituzionale, 13 giugno 2022, n. 145; si vedano anche Corte Costituzionale, 12 luglio 2019, n. 174 e Corte Costituzionale, 30 gennaio 2018, n. 12).

Più in generale, anche di recente, è stata affermata la preminenza del diritto di difesa rispetto alle esigenze di finanza pubblica: *“il diritto alla tutela giurisdizionale non può, invece, in alcun modo essere sacrificato (...) in nome di esigenze di tutela dell'interesse fiscale. Questo, infatti, sebbene costituisca un interesse particolarmente tutelato dall'art. 53, primo comma, Cost. (ex plurimis, sentenza n. 201 del 2020), attiene a momenti della dinamica impositiva nei quali è ancora in fase di definizione ciò a cui corrisponde il dovere tributario”* (Corte Costituzionale, 7 giugno 2022, n. 140).

E' pacifico che la tutela giurisdizionale che si attua attraverso il processo e le finalità di equilibrio finanziario possono convivere solo se la norma *“non miri, invece, al soddisfacimento di interessi del tutto estranei alle finalità processuali?”* (Corte Costituzionale, 6 dicembre 2002, n. 522; Corte Costituzionale, 5 ottobre 2001, n. 333) e solo se adeguatamente armonizzati (Corte Costituzionale, 24 marzo 1970, n. 61; Corte Costituzionale, 22 dicembre 1969, n. 157) nel senso che l'equilibrio finanziario non può interferire con il diritto alla tutela giurisdizionale e con lo svolgimento del processo in modo conforme alla sua funzione ed alle sue esigenze.

Nel caso in esame è evidente che la norma interferisca con i giudizi in corso per finalità che nulla hanno a che vedere con quelle processuali, avendo quale unico fine quello di scongiurare il rischio per le parti pubbliche di soccombere all'esito dei giudizi, facendo recuperare alle stesse il 48% delle somme a titolo di *payback*.

2. Sotto altro angolo visuale, la norma, nella misura in cui per l'accesso al beneficio del *payback* ridotto al 48% richiede la mancata proposizione di un ricorso giurisdizionale ovvero la sua rinuncia, confligge con il principio del pieno ed effettivo controllo giurisdizionale sugli atti della Pubblica Amministrazione sancito dall'**art. 113 Cost.**, che stabilisce che *“contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione*

ordinaria e amministrativa” (comma 1) e che “*tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*” (comma 2), eliminando un presidio fondamentale a garanzia dell’osservanza dei principi costituzionali di legalità, buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione sanciti dall’art. 97 Cost.

Essendo, infatti, il Giudice Amministrativo “garante” della legittimità dell’azione amministrativa e dell’effettività della tutela degli amministrati nei confronti della pubblica amministrazione, se si elimina la tutela giurisdizionale con la quale contrastare la violazione dei principi e delle regole che presiedono al corretto esercizio dell’azione amministrativa, il diritto alla «buona amministrazione» sancito dall’art. 97 Cost. si traduce in un concetto vacuo, lasciandosi campo libero all’arbitrio.

3. Sotto ulteriore profilo si ravvisa, altresì, la **violazione del principio della parità delle armi e del giusto processo**, sancito dall’**art. 111 Cost.** nella parte in cui prevede che “*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità*”, tenuto conto del fatto che una delle parti in causa è l’esecutivo che ha adottato il D.L. n. 34/2023 e dall’**art. 6 della CEDU** (attraverso il rinvio operato dall’**art. 117, co. 1, Cost.**), poiché la norma in esame interviene su giudizi in corso con una misura in favore della pubblica amministrazione, finalizzata esclusivamente ad agevolarne la rinuncia da parte delle aziende fornitrici.

La “parità delle armi” impone di assicurare a ogni parte la possibilità di presentare la propria causa senza trovarsi in una situazione di svantaggio rispetto alla controparte (Corte EDU, sentenza 9 dicembre 1994, **Raffineries grecques Stran e Stratis Andreadis contro Grecia**, paragrafo 46).

Principio che viene violato “*quando il legislatore statale immette nell’ordinamento una fattispecie di ius singulare che determina lo **sbilanciamento fra le due posizioni in gioco*** (da ultimo, *ex plurimis*, sentenza n. 186 del 2013)” (Corte Costituzionale, 4 luglio 2014, n. 191) e che non può essere travalicato neppure dalle leggi-provvedimento, le quali devono rispettare il limite specifico costituito dal rispetto della funzione giurisdizionale

in ordine alla decisione delle cause in corso (tra le molte: Corte Costituzionale, 2 aprile 2009, n. 94; Corte Costituzionale, 13 luglio 2007, n. 267).

Ed è proprio ciò che è avvenuto nel caso di specie, in cui l'intervento legislativo disposto dal governo con decreto-legge è perfettamente idoneo a **determinare fatalmente l'esito della controversia in favore della parte pubblica, in spregio alla parità processuale delle parti, in assenza di un valido motivo imperativo di interesse generale.**

4. Da ultimo, tanto il decreto-legge quanto la legge di conversione sono da ritenersi costituzionalmente illegittimi, essendo del tutto evidente l'assenza dei presupposti di necessità ed urgenza richiesti dall'**art. 77 Cost.**

Prova ne sia che nel preambolo del decreto-legge, infatti, mentre si dà atto (ancorché con formule di mero stile) della necessità ed urgenza di *“introdurre misure di sostegno in favore delle imprese e delle famiglie per l'acquisto di energia elettrica e gas naturale”, di “introdurre misure finalizzate a fronteggiare la carenza di personale medico presso i servizi di emergenza-urgenza ospedalieri del Servizio sanitario nazionale”, nonché “di consentire agli uffici competenti di gestire in modo ottimale tutte le pratiche derivanti dalle norme in materia fiscale introdotte con la legge di bilancio per il 2023” non vi è **nessuna indicazione** circa le ragioni di necessità ed urgenza per le quali sarebbe stato necessario intervenire con decreto-legge sulla materia del *payback*.*

Nel caso di specie è evidente la mancanza dei presupposti richiesti dall'art. 77 Cost., vizio destinato a riverberarsi sulla legge di conversione n. 56/2023: *“I presupposti di necessità e urgenza di cui all'art. 77 Cost. costituiscono requisiti di validità dei decreti-legge, sicché rientra nei poteri della Corte costituzionale verificarne la sussistenza; il sindacato di legittimità costituzionale (...) è perciò circoscritto alla evidente mancanza dei presupposti di necessità e urgenza, distinguendosi il giudizio di costituzionalità dalla valutazione prettamente politica spettante alle Camere in sede di conversione, poiché l'art. 77 Cost. è connotato da un largo margine di elasticità, sicché solo l'evidente insussistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere **determina tanto un vizio del d.l., quanto un vizio in procedendo della legge che ne disponga la conversione**”* (Corte Costituzionale, 18 gennaio 2018, n. 5;

in tal senso si vedano anche: Corte Costituzionale, 12 luglio 2017, n. 170; Corte Costituzionale, 21 marzo 2011, n. 93; Corte Costituzionale, 23 maggio 2007, n. 171).

5. Anche la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha avuto modo di statuire che la compressione del fondamentale diritto costituzionale di difesa attraverso l'ingerenza nella definizione delle controversie devolute all'autorità giudiziaria **non può essere giustificata da motivi finanziari volti a contenere la spesa pubblica in materia sanitaria, in assenza di ragioni imperative di interesse generale** (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 15 aprile 2014 – ric. nn. 21838/10, 21849/10, 21852/10, 21855/10, 21860/10, 21863/10, 21869/10 e 21870/10 - Stefanetti e altri c. Italia; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 31 maggio 2011 – ric. n. 46286/09 - Maggio e altri c. Italia).

3. Illegittimità derivata per l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 3 del D.L. 34/2023, convertito con modificazioni con la L. 56/2023, per violazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 3 e 53 Cost. (capacità contributiva)

L'art. 8, comma 3 del D.L. n. 34/2023 rafforza ulteriormente la violazione - già dedotta con il quarto motivo del ricorso introduttivo - del principio di capacità contributiva di cui all'**art. 53 Cost.** e del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Si richiamano le considerazioni espresse nel ricorso introduttivo per la qualificazione della pretesa quale prelievo di natura tributaria, che, in quanto tale, deve soggiacere al fondamentale principio di capacità contributiva.

I già dedotti profili di illegittimità sotto tale profilo risultano, vieppiù, aggravati dall'art. 8 del D.L. n. 34/2023, ai sensi del quale solo le imprese che intenderanno rinunciare al contenzioso e che saranno state in grado di procedere al pagamento – in unica soluzione – potranno beneficiare di uno sconto del 52%.

Possibilità, viceversa, preclusa alle aziende meno strutturate sotto il profilo economico-finanziario che non fossero in grado di eseguire tale pagamento, il cui ammontare, nonostante il minor reddito e la minore capacità contributiva, sarà superiore di oltre il doppio rispetto alle altre imprese con maggior reddito e con maggiori

disponibilità finanziarie, le quali potranno estinguere la loro obbligazione pagando solo il 48% dell'importo dovuto.

Al riguardo si ricorda che la Corte costituzionale ha statuito che *“la possibilità di imposizioni differenziate deve pur sempre ancorarsi a una adeguata giustificazione obiettiva, la quale deve essere coerentemente, proporzionalmente e ragionevolmente tradotta nella struttura dell'imposta”* (Corte Costituzionale, 28 maggio 2014, n. 142; Corte Costituzionale, 30 novembre 2004, n. 21). Infatti, *“affinché il sacrificio recato ai principi di eguaglianza e di capacità contributiva non sia sproporzionato e la differenziazione dell'imposta non degradi in arbitraria discriminazione, la sua struttura deve coerentemente raccordarsi con la relativa ratio giustificatrice”* (Corte Costituzionale, 11 febbraio 2015, n. 10).

4. Illegittimità derivata per l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 3 del D.L. 34/2023, convertito con modificazioni con L. 56/2023, per violazione dei principi costituzionali di cui agli articoli 3 e 41 Cost., oltre che per contrasto con l'art. 16 della Carta di Nizza. Violazione del principio di proporzionalità.

L'art. 8, comma 3, del D.L. n. 34/2023 è costituzionalmente illegittimo anche per la violazione del principio di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art. 3 della Cost., in combinato disposto con il principio di libera iniziativa economica di cui all'**art. 41 della Cost.**

Come anticipato nella parte in fatto e nei motivi che precedono, l'art. 8 del D. L. n. 34/2023 ha stanziato a favore delle Regioni e delle Province autonome un fondo di 1.085 milioni di euro, ripartito *pro quota* a ciascuna Regione e Provincia autonoma riducendo del 52% lo sfioramento registrato da ciascuna regione e provincia autonoma nel quadriennio 2015-2018. Riduzione a cui non è conseguita una proporzionale riduzione degli oneri di ripiano dovuti da tutte le aziende fornitrici, poiché la norma ha previsto uno sconto del 52% solo per le imprese che non abbiano presentato ricorso o che vi abbiano rinunciato (comma 3).

Di qui l'illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati anche sotto tale profilo, avendo la norma optato per un'ingiustificata disparità di trattamento idonea ad

alterare il mercato, in violazione della libertà di concorrenza, coesistente alla libertà di iniziativa economica garantita dall'**art. 41 Cost.**

La norma, infatti, conferisce in modo del tutto irragionevole un **vantaggio competitivo alle sole aziende che non hanno contestato in giudizio i provvedimenti amministrativi** (o che vi dovessero aver rinunciato), le quali si vedranno riconosciuto lo sconto *ex lege* pari ad oltre la metà del *payback* richiesto alle aziende concorrenti (**per il solo fatto rinunciare al proprio diritto di difesa**), con un effetto distorsivo che travalica i limiti entro i quali si può ritenere legittimo un intervento del legislatore con effetti sulla concorrenza in un determinato settore di mercato.

Si richiama, al riguardo, la costante giurisprudenza costituzionale in materia, con riferimento ad ipotesi di interventi distorsivi realizzati tramite agevolazioni fiscali indebitamente e irragionevolmente concesse: ***“La discriminazione nel conferimento dell’agevolazione fiscale pone obiettivamente in essere un’irragionevole e immotivata deroga al principio di eguaglianza e una contestuale violazione dell’art. 41 Cost. sotto il profilo della libertà di concorrenza, una delle manifestazioni della libertà d’iniziativa economica privata (sentenza n. 94 del 2013)”*** (Corte Costituzionale, 20 novembre 2017, n. 242), ovvero tramite aiuti finanziari: ***“l’assegnazione di un aiuto finanziario (...) a un destinatario (...) pone un problema di differenziazione delle condizioni degli operatori nel mercato (...). L’impresa beneficiaria è avvantaggiata, rispetto a chi non ha ricevuto fondi straordinari, dato che può investire tali fondi (...) migliorando la propria posizione nel settore di riferimento”,*** sicché ***“una volta accertata l’irragionevolezza del contributo, viene a mancare la giustificazione della differenziazione che il legislatore ha operato: essa assume, così, la valenza di un’alterazione della concorrenza nel mercato ed è ragione di contrasto tra la norma censurata e l’art. 41 Cost.”*** (Corte Costituzionale, 25 luglio 2022, n. 186).

L’introduzione di misure asimmetriche nei confronti di operatori concorrenti, dunque, può considerarsi lecita soltanto ove trovi giustificazione nell’esigenza di perseguire un obiettivo di interesse generale e sia idoneo a garantire la realizzazione dell’obiettivo perseguito e non ecceda quanto necessario perché esso sia raggiunto

(Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. II, 4 maggio 2016, n. C-477/14; Corte di Giustizia dell'Unione Europea 1° luglio 2014, Ålands Vindkraft, C-573/12).

Le denunciate disparità di trattamento tra aziende operanti nel medesimo settore economico, sostanziandosi nell'attribuzione di un illegittimo vantaggio anti-competitivo in favore di alcune imprese a discapito di altre, finiscono per alterare la leale concorrenza con violazione dell'art. 16 della Carta di Nizza che implica *inter alia* “la libera concorrenza” (Corte di Giustizia dell'Unione Europea 22 gennaio 2013, c-283/11).

Dal che discende la necessità di disapplicare la norma interna contrastante con le norme euro-unitarie (Corte Costituzionale, 2 febbraio 1990, n. 64; Corte Costituzionale 18 aprile 1991, n. 168), per illegittimità derivata degli atti adottati in applicazione di essa (Corte Costituzionale, 8 giugno 1984, n. 170; Corte Costituzionale 11 luglio 1989, n. 389; Corte Costituzionale, 18 aprile 1991, n. 168).

In via subordinata, si chiede di voler disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia *ex art. 267 del TFUE*, affinché la stessa si pronunci sul seguente quesito: “*Dica codesta Ecc.ma Corte di Giustizia se i principi di proporzionalità, uguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione, nonché il principio di libertà di impresa previsto dall'art 16 della Carta di Nizza ostino ad una normativa nazionale, come quella delineata dall'art. 8 del D.L. n. 34/2023 che crea un effetto distorsivo del mercato, conferendo in modo del tutto irragionevole un vantaggio competitivo alle aziende che non hanno contestato in giudizio i provvedimenti amministrativi (o che vi dovessero aver rinunciato) relativi al payback dispositivi medici, le quali si vedranno riconosciuto uno sconto ex lege pari ad oltre la metà rispetto a quanto richiesto alle aziende concorrenti, che invece dovranno corrispondere alle Regioni e Province autonome l'intero importo*”.

* * *

Da qui la illegittimità costituzionale, anche sotto il profilo della irragionevolezza dei provvedimenti legislativi presupposti ai provvedimenti impugnati, per il cui sindacato giurisdizionale è pertanto necessario sollevare la questione di costituzionalità, per aperta violazione della Costituzione e della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, laddove si pretende di mettere in equilibrio la spesa sanitaria: i) comprimendo il diritto di difesa degli operatori economici; ii) discriminandone

alcuni ed avvantaggiandone altri; il tutto attraverso una legge – provvedimento manifestamente irragionevole.

Rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale

Si ritiene che la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 del D.L. n. 34/2023, di cui si sollecita al Tribunale Amministrativo la valutazione e rimessione alla Corte Costituzionale in relazione ai motivi di ricorso che precedono, sia **fondata**.

La stessa è inoltre **rilevante**, costituendo il presupposto necessario, con effettivo e concreto rapporto di strumentalità fra la stessa e la definizione del presente giudizio.

Le censure contro i provvedimenti impugnati non potrebbero altrimenti essere accolte se non a seguito dell'accoglimento della questione di legittimità costituzionale della disposizione di legge a cui gli stessi hanno dato attuazione (Corte Costituzionale, 8 maggio 2009, n. 151; Corte Costituzionale 20 luglio 2007, n. 303; Corte Costituzionale, 12 gennaio 2000, n. 4).

* * *

Per quanto sopra esposto, ACILIA H.S. S.r.l., come sopra rappresentata e difesa, con riserva di formulare motivi aggiunti,

chiede

che l'Ecc.mo Tribunale Amministrativo adito Voglia in accoglimento del ricorso introduttivo e dei successivi motivi aggiunti:

- in via pregiudiziale: ai sensi dell'art. 1 della L. Cost. 1/1948 e dell'art. 23 della Legge n. 87/1953 rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale i) dell'art. 9-ter del D.L. n. 78/2015, convertito con Legge n. 125/2015, dell'art. 1, comma 557 della Legge n. 145/2018, dell'art. 18 del D.L. n. 115/2022, convertito con Legge n. 142/2022, per violazione degli artt. 3, 9, 11, 32, 41 42, 53, 117, comma 2, lett. e) della Costituzione, anche in relazione all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla C.E.D.U; ii) dell'art. 8, comma 3, del D.L. n. 34/2023 per violazione degli artt. 3, 24, 41, 53, 77, 111, 113 e 117 della Costituzione, in relazione all'art. 6 della

Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, e sospendere il processo sino alla definizione del giudizio incidentale sulla questione di legittimità costituzionale;

- nel merito: previa disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con le disposizioni del diritto dell'Unione Europea indicate nel ricorso e nei motivi aggiunti, accertare l'illegittimità ed annullare i provvedimenti impugnati;

- in via subordinata: disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia *ex art.* 267 del TFUE, affinché la stessa si pronunci sui quesiti contenuti nel ricorso, nei precedenti e nei presenti motivi aggiunti.

Con vittoria di spese e competenze di giudizio.

Ai sensi e per gli effetti del DPR n. 115/2002, si dichiara che non è dovuto alcun ulteriore importo a titolo di contributo unificato in quanto il presente atto, quale impugnazione di atti "meramente confermativi" o di mera rettifica di quelli impugnati con il ricorso introduttivo, non amplia l'oggetto del presente giudizio, non ne modifica il petitum né la causa petendi (cfr. Cassazione Civile, Sez. VI, 1° settembre 2022, ord. n. 25729).

Ai sensi dell'art. 6, comma 4 del D.P.C.S. n. 167/2016 si attesta l'avvenuto decorso del termine in assenza dell'adozione del decreto presidenziale sull'istanza motivata di autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali stabiliti all'art. 5, comma 1 del medesimo provvedimento.

Roma, 12 settembre 2023

Avv. Massimiliano Brugnoletti

Avv. Luca Costa

Avv. Paolo Cavallo