

STUDIO LEGALE GALLENCA

10121 TORINO - Via XX Settembre 60 Tel. 011/562.95.84 - 562.78.02 Fax 562.78.02
e-mail: info@studiogallenca.it - giusepegallenca@pec.ordineavvocatitorino.it
----- . -----

Avv.to Giuseppe GALLENCA
Patrocinante in Cassazione

Avv.to Davide GALLENCA

**Ecc.mo TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER IL LAZIO – ROMA**

Ricorre

Technologic s.r.l. in liquidazione, c.f./p.i. 06202160013, con sede legale in Torino Lungo Dora Voghera 34, in persona del l.r.p.t. dott. Vittorio Catolla Cavalcanti, nato a Torino il 31.7.1968, ivi residente alla via Sommacampagna 13 (cfr. doc. 1, visura camerale), rappresentata e difesa ai fini del presente giudizio, sia congiuntamente che disgiuntamente, dall'Avv. Giuseppe GALLENCA, C.F. GLLGPP48M18D646Q, del Foro di Torino, il quale chiede che ogni comunicazione e notificazione di legge sia effettuata mezzo fax 011.5627802 o PEC giusepegallenca@pec.ordineavvocatitorino.it, e l'Avv. Davide GALLENCA del Foro di Torino, C.F. GLLDVD86C08L219D, fax 011.5629584 PEC davidegallenca@pec.ordineavvocatitorino.it, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo sito in Torino, Via XX Settembre n. 60, nonché sulla pec del secondo, per procura speciale in calce al presente atto,

ricorrente

contro

il **Ministero della Salute**, c.f. 80242250589, in persona del Ministro p.t., nella sede per la carica presso il Ministero predetto ed *ex lege* domiciliato presso l'Avvocatura Generale dello Stato, in Roma, Via dei Portoghesi 12, con domicilio pec ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it,

Il **Ministero della Economia e delle Finanze**, c.f. 80415740580 in

persona del Ministro p.t., nella sede per la carica presso il Ministero predetto ed *ex lege* domiciliato presso l'Avvocatura Generale dello Stato, in Roma, Via dei Portoghesi 12, con domicilio pec ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it,

La **Provincia Autonoma di Bolzano** c.f. 00390090215 in persona del l.r.p.t., nella sede per la carica in Piazza Magnago 1, Bolzano, con domicilio pec anwaltschaft.avvocatura@pec.prov.bz.it

resistenti

Con notizia a

Azienda Sanitaria dell'Alto Adige, C.F. 00773750211 in persona del l.r.p.t. nella sede per la carica in Bolzano, Via Boehler 5, con domicilio pec admin@pec.sabes.it estratto da IPA

per l'annullamento/dichiarazione di nullità

del decreto del Direttore del Dipartimento della Provincia Autonoma di Bolzano, Ufficio del Governo Sanitario, n. 24408 del 2022, pubblicato il 14.12.2022, non notificato, avente ad oggetto *Fatturato e relativo importo del payback per dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018, ai sensi del decreto del Ministero della Salute 6 ottobre 2022*, con il quale la Provincia Autonoma ha decretato di richiedere alla ricorrente il pagamento della somma complessiva di € 11.279,22 a titolo di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018 (doc. 2) per le illegittime ragioni di cui al provvedimento; di ogni altro atto antecedente, preordinato, consequenziale o comunque connesso al predetto provvedimento, anche se non conosciuto, o comunque citato nel presente ricorso;

- del decreto del Ministero della Salute del 6.7.2022, intitolato *“certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a*

livello nazionale per anni 2015, 2016, 2017, 2018” pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 15.9.2022 (doc. 3);

- del decreto del Ministero della Salute del 6.10.2022, intitolato *Adozione delle linee guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018* pubblicato in G.U. il 26.10.2022 (doc. 4);

- per quanto di ragione, dell'accordo rep. Atti n. 181/CSR del 7 novembre 2019, sottoscritto tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sulla proposta del Ministero della Salute di attuazione dell'art. 9-ter del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, di individuazione dei criteri di definizione del tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici e di modalità di ripiano per gli anni 2015-2016-2017 e 2018;

- per quanto di ragione, della Circolare del Ministero della Salute prot. n. 22413 del 29 luglio 2019, recante *“Indicazioni operative per l'applicazione delle disposizioni previste dall'art. 9-ter, commi 8 e 9, del decreto legge 18 giugno 2015, n. 78”*;

- per quanto di ragione, della intesa raggiunta dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 14.9.2022, nonché quella sancita dalla Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano nella seduta del 28.9.2022;

- per quanto di ragione, della determina del direttore Generale dell'azienda Sanitaria dell'Alto Adige n. 2022-a-001321 del 30.11.22, non nota, per il che si riservano motivi aggiunti con riferimento ad esso in quanto incidenti sul provvedimento finale regionale;

- di ogni altro atto antecedente, preordinato, consequenziale o comunque connesso ai predetti provvedimenti nonché, per quanto di ragione, di quelli nominati nel presente ricorso, anche se non ancora conosciuti.

FATTO

La società ricorrente opera nel settore medicale su tutto il territorio nazionale; nello specifico, produce e/o fornisce diversi dispositivi medici alle aziende sanitarie ed enti ospedalieri italiani (cfr. visura camerale doc. 1), principalmente a seguito della partecipazione a gare pubbliche.

L'interesse (e la necessità) dell'odierno ricorso nasce dalla, improvvisa, esecuzione della normativa contenuta nel d.l. 78/2015 e s.m.i. in tema di "payback" dei dispositivi medici.

In estrema sintesi (in quanto la fattispecie sarà trattata con il necessario approfondimento in altra parte del presente ricorso), il legislatore ha previsto- come si vedrà, con norma del tutto confliggente con principi costituzionalmente garantiti- che, in caso di superamento del tetto di spesa regionale previsto per l'acquisto dei dispositivi medici, il ripiano di detto superamento sarebbe stato coperto, nella misura dal 40 al 50%, dalle medesime aziende che hanno fornito i dispositivi.

Il superamento, ai sensi della normativa, viene accertato con decreto del Ministero della Salute, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, entro termini definiti dalla norma stessa (il 30 di settembre di ogni anno per l'anno precedente).

Nonostante la norma risalga al 2015, essa non è stata mai applicata, né-

nei vari bandi di appalto e nei successivi contratti- ne veniva fatta menzione alcuna; inoltre, i ministeri interessati mai hanno decretato tale superamento.

Nel 2022, tuttavia, il Ministero della Salute, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, ha emanato il decreto in epigrafe indicato, con il quale sarebbe stato "certificato" il superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015/2018.

Detti superamenti sarebbero stati individuati, per ciascun anno, negli allegati di detto decreto, in via generale e complessiva.

Con successivo decreto del 6.10.2022, il Ministero della Salute ha indicato le "linee guida" per l'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali destinati a recuperare determinate somme dalle aziende fornitrici dei materiali.

Detti decreti cercano, entrambi, fondamento legislativo nel decreto legge 78 del 2015 e s.m.i., il quale all'art. 9 ter dispone che:

comma 8. Il superamento del tetto di spesa a livello nazionale e regionale di cui al comma 1, lettera b), per l'acquisto di dispositivi medici, rilevato sulla base del fatturato di ciascuna azienda al lordo dell'IVA è dichiarato con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, entro il 30 settembre di ogni anno. La rilevazione per l'anno 2019 è effettuata entro il 31 luglio 2020 e, per gli anni successivi, entro il 30 aprile dell'anno seguente a quello di riferimento, sulla base dei dati risultanti dalla fatturazione elettronica, relativi all'anno solare di riferimento. Nell'esecuzione dei contratti, anche in essere, è fatto obbligo di indicare nella fatturazione elettronica in modo separato il costo del bene e il costo del servizio.

Comma 9. L'eventuale superamento del tetto di spesa regionale di cui al comma 8, come certificato dal decreto ministeriale ivi previsto, e' posto a carico delle aziende fornitrici di dispositivi medici per una quota complessiva pari al 40 per cento nell'anno 2015, al 45 per cento nell'anno 2016 e al 50 per cento a decorrere dall'anno 2017. Ciascuna azienda fornitrice concorre alle predette quote di ripiano in misura pari all'incidenza percentuale del proprio fatturato sul totale della spesa per l'acquisto di dispositivi medici a carico del Servizio sanitario regionale. Le modalita' procedurali del ripiano sono definite, su proposta del Ministero della salute, con apposito accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.

Comma 9-bis. In deroga alle disposizioni di cui all'ultimo periodo del comma 9 e limitatamente al ripiano dell'eventuale superamento del tetto di spesa regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 dichiarato con il decreto del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze di cui al comma 8, le regioni e le province autonome definiscono con proprio provvedimento, da adottare entro novanta giorni dalla data di pubblicazione del predetto decreto ministeriale, l'elenco delle aziende fornitrici soggette al ripiano per ciascun anno, previa verifica della documentazione contabile anche per il tramite degli enti del servizio sanitario regionale. Con decreto del Ministero della salute da adottarsi d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano entro trenta giorni dalla data di pubblicazione del decreto ministeriale di cui al primo periodo, sono adottate le linee guida propedeutiche alla emanazione dei provvedimenti regionali e

provinciali. Le regioni e le province autonome effettuano le conseguenti iscrizioni sul bilancio del settore sanitario 2022 e, in sede di verifica da parte del Tavolo di verifica degli adempimenti regionali di cui all'articolo 12 dell'Intesa tra il governo, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, del 23 marzo 2005, ne producono la documentazione a supporto. Le aziende fornitrici assolvono ai propri adempimenti in ordine ai versamenti in favore delle singole regioni e province autonome entro trenta giorni dalla pubblicazione dei provvedimenti regionali e provinciali. 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. A tal fine le regioni e le province autonome trasmettono annualmente al Ministero della salute apposita relazione attestante i recuperi effettuati, ove necessari.

Seguiva decreto del Direttore del Dipartimento della Provincia Autonoma di Bolzano, Ufficio del Governo Sanitario, n. 24408 del 2022, pubblicato il 14.12.2022, non notificato, avente ad oggetto *Fatturato e relativo importo del payback per dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018, ai sensi del decreto del Ministero della Salute 6 ottobre 2022*, con il quale la Provincia Autonoma ha decretato di richiedere alla ricorrente il pagamento della somma complessiva di € 11.279,22 a titolo di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018 (doc. 2) e ponendo quale termine per il pagamento il 13.1.23, termine poi prorogato per legge al 30.4.23.

(Per completezza, si segnala che la ricorrente ha ricevuto analoghe richieste da molte altri enti, per un totale complessivo di oltre 700.000 €).

Appare evidente, dalla normativa su trascritta, che il legislatore ha ritenuto che la fornitura non sia stata effettuata su richiesta delle strutture sanitarie competenti e per consentire ad essa l'adempimento dei loro compiti istituzionali, bensì decisa dalla ditta fornitrice per "vendere", oltre tutto con implementazione dei prezzi assolutamente gratuita.

La norma (convertita in legge) di cui al d.l. 78/2015 (con le successive integrazioni e modificazioni) è evidentemente in contrasto con plurimi principi costituzionali fondamentali ed è da considerarsi costituzionalmente illegittima, come verrà spiegato, ed i provvedimenti assunti sulla base di tale legge sono conseguentemente illegittimi ed incostituzionali.

Pertanto, i provvedimenti impugnati andranno dichiarati illegittimi ed andranno annullati/dichiarati nulli, in accoglimento del presente ricorso per i seguenti motivi di

DIRITTO

In via preliminare

Sulla competenza del TAR del Lazio- Roma

Si segnala, per mero tuziorismo difensivo, come la competenza dell'adito TAR non sia discutibile, posta la impugnazione dei decreti ministeriali presupposti al provvedimento (impugnato anch'esso) della Provincia.

Ai sensi dell'art. 13, comma 4 bis CPA, infatti, la competenza territoriale, nel caso in cui siano impugnati atti aventi effetti limitati alla circoscrizione di un Tribunale periferico unitamente ad atti aventi effetti estesi al territorio nazionale, è attribuita al TAR del Lazio- sede di Roma.

Nel caso di specie, l'impugnazione dei decreti del Ministero della Salute – aventi carattere generale ed effetti estesi al territorio nazionale- comporta la attribuzione della competenza territoriale all'adito TAR del Lazio- sede di Roma.

In tal senso l'insegnamento di copiosa e concorde giurisprudenza (cfr. *ex multis* TAR Palermo, ordinanza n. 2553/2022).

Nel merito

1-Violazione di legge ed eccesso di potere agli artt. 2 e 97 Costituzione, in relazione ai principi di correttezza e buona fede, con riferimento all'art. 51, paragrafo 1 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea. Violazione di legge con riferimento agli art. 1, 3 e 21 bis L. 241/1990. Violazione di legge in relazione all'art. 23 Costituzione. Violazione di legge ed eccesso di potere con riferimento al principio di legalità e al principio di certezza e stabilità dei rapporti giuridici. Violazione di legge con riferimento all'art. 11 preleggi. Violazione di legge con riferimento all'art. 9 ter, comma 8 del d.l. 78/2015. Violazione ed eccesso di potere in relazione al principio di prevedibilità. Violazione di legge ed eccesso di potere del principio *tempus regit actum*. Eccesso di potere e violazione di legge con riferimento ai principio di ragionevolezza, proporzionalità, inintelligibilità, non contraddittorietà e non illiceità.

Tanto si deduce in relazione al fatto che i provvedimenti assunti dal Ministero della Salute sono stati emanati al di fuori delle previsioni sulla eccezionale possibilità di pretendere la prestazione patrimoniale di cui trattasi,

la cui imposizione si deve ritenere, pertanto, illegittima.

Il decreto ministeriale che accerta il superamento del tetto di spesa per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018, infatti, è stato emanato il 6 luglio 2022 e pubblicato in G.U. il 15 settembre 2022.

Per altro, la norma invocata dal Ministero della Salute per accertare il superamento del tetto per gli anni 2015-2018 (cioè il comma 9 bis dell'art. 9 ter del d.l. 78/2015) è stata introdotta solamente con il d.l. 115 del 2022 del 9 agosto 2022, convertito con modificazioni dalla legge 142 del 21 settembre 2022.

Appare evidente che il principio di legalità non sia stato rispettato posto che il Ministero ha emanato un decreto senza che vi fosse una norma di legge che permettesse una tale attività amministrativa.

Vero che esisteva l'art. 9 ter, comma 8 e 9 su richiamato, ma l'azione amministrativa era in ritardo clamoroso rispetto alle tempistiche dettate dalla norma, che prevedeva l'accertamento del superamento del tetto entro il 30 settembre di ogni anno.

Tale situazione non poteva certo legittimare un ritardato intervento con una norma gravatoria per il cittadino che avesse carattere retroattivo sol che si consideri che il mancato o non tempestivo esercizio della facoltà ivi prevista si pone in contrasto con i principi di correttezza e buona fede posto che lascia intendere ai possibili destinatari della norma la inesistenza dei presupposti per l'esercizio della eccezionale applicazione della norma (che non può che ritenersi di stretta interpretazione ed applicazione).

Il fine della indicata tempistica è –invero- evidente: mettere nel più breve tempo possibile la azienda fornitrice al corrente della problematica, che- da

ipotesi normativa - è diventata fattispecie concreta, in tempi brevi e proporzionati alla eccezionalità della iniziativa della P.A., onde consentirgli ogni possibile difesa.

In tale senso pertanto la richiesta di cui ai provvedimenti impugnati è, anche, irragionevole e scorretta, perché giunge ad anni di distanza dal momento in cui le obbligazioni assunte sono state reciprocamente adempiute e la fattispecie contrattuale si è conclusa, con il consolidamento di quanto previsto dal sinallagma.

Agendo in tal senso l'amministrazione ha violato, quindi, il principio di legalità (e le norme indicate in epigrafe). Inoltre la certezza dei rapporti giuridici è stata del tutto calpestata, per di più con la introduzione di una norma che impone pesi a determinate parti contrattuali avente carattere retroattivo.

Il dettato di detta norma, così come applicato nel caso di specie, ha portato -pertanto ed in ogni caso - a provvedimenti illegittimi in quanto, comunque, contrari a norme di principio dell'ordinamento giuridico da cui deriva una illegittimità in alcun modo superabile con il richiamo alla normativa sopra indicata, al di là della sua conformità o meno a Costituzione.

Per di più, i provvedimenti impugnati non sono neppure motivati né comprensibili, posto che non è chiara la natura della pretesa ad essi sottesa: non si intende, in altre parole, se la pretesa portata sia di carattere amministrativo (nel senso di potere di esercizio del pubblico potere sul privato), sia di carattere tributario ovvero di natura puramente civilistica, ovvero di quale altra natura (il punto, per quanto di ragione, verrà trattato nel prosieguo del ricorso).

2- Violazione di legge con riferimento all'art. 3, 7, 21 septies l. 241/1990. Eccesso di potere per irragionevolezza, non proporzionalità. Eccesso di potere per genericità del provvedimento. Violazione di legge per violazione dell'art. 24 Costituzione ed in relazione all'art. 3 della medesima per lesione del diritto di difesa. Violazione di legge con riferimento agli articoli 1175, 1321, 1325, 1326, 1337, 1341, 1360, 1366, 1375, 1448, 1453, 1458, 1467, 1492, 1493, 1495 codice civile. Violazione di legge con riferimento agli artt. 2 e 97 Costituzione ed eccesso di potere per lesione dell'affidamento del privato. Violazione di legge in relazione alla *lex specialis* portata dal contratto stipulato. Violazione di legge con riferimento agli articoli 74, 79 d. lgs. 50/2016, ed all'art. 29, 30 d. lgs 163/2006. Violazione del principio della intangibilità delle risultanze di gara.

-A-

Tanto si deduce in relazione al fatto che il decreto del Direttore non rispetta i contenuti minimi richiesti dall'art. 21 *septies* della l. 241/1990; in particolare, il provvedimento difetta di elementi essenziali, quali l'oggetto del provvedimento, indicato in modo generico ed affatto individuabile.

Il provvedimento impugnato, infatti, riporta – più volte - la dicitura “dispositivi medici”: tuttavia, tale espressione non ha un significato chiaro e preciso, indicando al più una pletera indistinta di strumenti della più varia natura.

A riprova di quanto sopra, si ricorda che la legislazione in materia richiede una specifica suddivisione in classi di dispositivi, al fine di distinguere i diversi prodotti e poterne individuare natura ed utilizzo.

Il provvedimento, pertanto, risulta non essere motivato né istruito, posto che non è stato in grado di evidenziare o, comunque, non evidenzia la ragione specifica per la quale le somme sono richieste alla ricorrente, neppure con riferimento alle forniture rispetto alle quali si sarebbero verificati i presupposti per l'eccezionale intervento di cui trattasi.

Detto modo di agire, peraltro, limita illegittimamente la possibilità di difesa del privato, che già si trova a dover ricostruire – a distanza di anni- il proprio rapporto contrattuale con la P.A. per poter controbattere ad illegittime richieste di rimborso e non è neppure in grado di comprendere a quali forniture venga applicata la previsione di legge.

La determinazione, per di più, è del tutto generica sotto ulteriore, rilevante profilo: vengono richieste determinate somme alla ricorrente, ma non vengono indicati gli addendi e, neppure, viene spiegato il metodo di calcolo attraverso i quali si è giunti ad un determinato risultato, né – infine- è possibile capire da quale documentazione sia stata ricavato l'importo richiesto.

Anche perché, lo si ribadisce, i provvedimenti impugnati sono così immotivati e scarsamente istruiti che da essi non si può capire se le somme richieste sarebbero- ad esempio- state percepite dalla società ricorrente nel 2015 ovvero sarebbero state imputate a bilancio della P.A. nel 2015 e sono state corrisposte in un secondo momento alla impresa fornitrice.

E tanto è vero per ogni anno cui fanno riferimento i provvedimenti impugnati.

L'aspetto non è secondario, posto che – senza tale indicazione- il privato non può difendersi sul punto, e non può neppure tentare di ricostruire la posizione contabile come intesa dalla P.A.

Senza dimenticare che la richiesta viola patentemente non solo i principi sul contratto in relazione ai principi costituzionali rubricati: viola altresì il principio di affidamento, particolarmente rilevante sia perché si verte in fattispecie contrattuale, sia perché la controparte sulla quale si pone affidamento è una P.A.

-B-

La ricorrente, come anticipato, si troverebbe- infatti - a dover corrispondere somme a suo tempo ricevute in virtù di contratti di fornitura stipulati a seguito di gare pubbliche.

Tralasciando, per il momento, il fatto che la norma di legge che ora si vorrebbe applicare NON era stata indicata nei contratti stipulati, la richiesta viola –in pratica- tutti i principi in tema di contratto.

In primo luogo, il concetto stesso del contratto (cioè un accordo tra le parti teso a regolare, costituire od estinguere un rapporto giuridico tra di esse intercorrenti) esclude la legittimità della richiesta effettuata con la determinazione impugnata.

La determinazione impugnata tende ad annullare – unilateralmente- gli effetti e la efficacia di un contratto stipulato (ed i cui effetti si sono –anche- già da tempo esauriti), senza tenere conto del fatto che ciò non è lecito: ai sensi dell'art. 1326 c.c., infatti, il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza della accettazione dell'altra parte, e le condizioni del contratto saranno quelle consacrate dall'incontro tra proposta e accettazione.

Nel caso di specie, né nei bandi di gara né nei successivi contratti si fa menzione alcuna della norma che oggi si vorrebbe applicare.

Per di più, i contratti sono stati stipulati a seguito di gara pubblica: a ciò consegue che neppure la volontà delle parti potrebbe variare, successivamente al bando di gara, il contenuto della offerta, pena la lesione dei principi e la lesione dei legittimi interessi ed aspettative degli altri concorrenti.

Tanto meno il contenuto del contratto può essere variato in via unilaterale da una delle parti: neppure da quella pubblica.

Peraltro, la richiesta di restituzione del prezzo pagato può essere effettuata solamente nel caso in cui non vi sia stato adempimento (ovvero non vi sia stato corretto adempimento) della obbligazione assunta. Se la prestazione è stata eseguita correttamente, il prezzo non può essere chiesto in restituzione.

Se così non fosse, il contratto cesserebbe la sua funzione di trasferimento di beni e servizi in ragione di una prestazione corrispettiva.

Non si può neppure scordare, per di più, come il codice civile sottoponga a stringenti termini di decadenza o prescrizione le richieste di restituzione del prezzo (art. 1492 e ss.): nel caso, detti termini sono già trascorsi, e manca in ogni caso la specificità richiesta dalla norma nella indicazione dei vizi e dell'inadempimento che si vorrebbe addossare ad una parte per ottenere la restituzione di parte del prezzo.

Anche nel caso in cui la pretesa restituzione di somme dovesse essere considerata una ripetizione di un indebito (il che non è possibile, posto che vi era un contratto), i termini di prescrizione sarebbero comunque trascorsi (ed in questa sede si eccepisce il trascorso del termine prescrizione di 5 anni).

Quanto sopra è tanto più vero laddove si ponga attenzione al fatto che nei contratti stipulati dalla società ricorrente NON vi è alcuna menzione di condizioni retroattive ai sensi dell'art. 1360 c.c. e neppure riferimenti al d.l.

78/2015.

Pertanto, la richiesta è del tutto illegittima non solo perché trova base su una norma del tutto incostituzionale quale quella che si vorrebbe applicare, ma anche perché -così come effettuata -lede il principio dell'affidamento del privato come controparte contrattuale e come soggetto passivo della azione amministrativa.

La società ricorrente, infatti, ha partecipato a gare pubbliche con la certezza che, nel caso di aggiudicazione, sarebbe stata pagata ad un prezzo certo per le prestazioni che avrebbe eseguito, posto che le gare pubbliche, prima di essere bandite, sono sottoposte a rigidi controlli contabili e finanziari: invece, a 7 anni di distanza, viene richiesto alla ricorrente di appianare i bilanci della Provincia, che avrebbe speso, per errore non imputabile alla ricorrente, più di quanto poteva spendere nel settore sanitario, come se il fornitore assumesse una posizione di garanzia in punto spese da effettuarsi per le cure sanitarie dei cittadini.

L'illegittimità di una tale iniziativa appare evidente.

Inoltre, i provvedimenti impugnati appaiono illegittimi anche laddove si ponga attenzione agli effetti concreti di essi.

Il primo effetto concreto è quello di variare le condizioni contrattuali, in relazione alle quali si è svolta una gara, dopo che questa è stata espletata e le prestazioni sono state eseguite.

Il che è in contrasto con il principio di immutabilità degli atti di gara e delle risultanze della stessa, consacrato negli articoli 74 e 79 del vigente codice degli appalti, e precedentemente nell'art. 29, 30 del d. lgs. 163/2006.

In secondo luogo, e conseguentemente, l'effetto dei provvedimenti

impugnati è quello di variare gli aspetti economici del contratto con riferimento ai quali è stata svolta una gara, nuovamente in contrasto con i richiamati articoli di legge. Il vincitore, di fatto, si trova a dover subire un ribasso forzoso rispetto alla propria offerta, dopo aver eseguito le forniture.

Il che dimostra, al di là di ogni altro argomento, l'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

3- Violazione di legge ed eccesso di potere con riferimento all'art. 15, 16, 17, 41 della Carta dei Diritti Fondamentali della Unione europea. Violazione del principio di affidamento, proporzionalità, leale collaborazione.

Tanto si deduce in relazione al fatto che la pretesa della Provincia, che è difficilmente inquadrabile in fattispecie conosciute di obblighi, come meglio si vedrà nel prosieguo, è certamente una pretesa avente carattere economico.

Tuttavia, ai sensi della superiore normativa europea richiamata in epigrafe, ogni pretesa economica che gli stati ed enti pubblici membri possono imporre nei confronti dei cittadini europei deve essere rispettosa dei diritti al lavoro (art. 15), diritto all'impresa (art. 16) e del diritto alla proprietà (art. 17).

In particolare, l'art. 17 stabilisce che *“Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità”* e che *“Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa”*.

I provvedimenti impugnati tendono, invece, ad un fine opposto: impedire

l'utilizzo ed il godimento di beni legittimamente acquisiti dai cittadini, che rimarrebbero privati di un bene senza averne un indennizzo.

Per di più, la carta dei diritti fondamentali appare violata anche con riferimento all'art. 41, che indica quale diritto fondamentale di ogni cittadino avere "una buona amministrazione": diritto evidentemente violato dalla azione amministrativa descritta con il presente ricorso e con le norme ad esso presupposte.

In particolare, appare evidente come l'art. 41 richiamato pone al centro della attività amministrativa gli interessi della persona, che fungerebbero come "linea guida" della azione amministrativa: l'articolo è intitolato, appunto, "Diritto ad una buona amministrazione".

Al contrario, gli atti impugnati hanno quale filo conduttore l'interesse- in realtà non tutelabile- della P.A. di sottrarre illegittimamente beni privati per sostenere il pubblico bilancio.

Giova ricordare, per di più, come i principi derivanti dal trattato evidenziato non sono da considerarsi solo quali principi informativi o- peggio- quali "afflati" e/o "speranze", ma quali vere e proprie norme, che comportano la disapplicazione delle normative statali con esse configgenti, avendo assunto, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, "lo stesso valore giuridico dei trattati".

Ovvero, ed in ogni caso, la questione può essere rinviata, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

4- Violazione dell'art. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10 dello Statuto del Contribuente.

Tanto si deduce – per completezza- laddove la pretesa portata dai provvedimenti impugnati venisse ritenuta di natura tributaria.

Nel caso, la pretesa sarebbe totalmente configgente con la normativa richiamata in epigrafe: la normativa e l'atto impugnato, infatti, non è chiara (al contrario di quanto richiede l'art. 2); la normativa e l'atto impugnato vorrebbero avere poteri retroattivi, violando pertanto apertamente l'art. 3 richiamato; la normativa e l'atto conseguente è stata introdotta con decreto legge, in violazione dell'art. 4; il contribuente non è stato adeguatamente informato circa la imposizione (art. 5), né è stato posto a conoscenza degli atti in tempo utile per la sua difesa (art. 6); gli atti, come già visto non sono chiari in violazione dell'art. 7; non viene tutelata la buona fede e la correttezza del contribuente, in violazione dell'art. 10 richiamato.

Anche per tali ragioni, pertanto, gli atti impugnati andranno annullati/dichiarati nulli.

Se quanto sopra non dovesse essere ritenuto sufficiente a dimostrare la illegittimità degli atti impugnati, essi non possono essere considerati legittimi, in quanto in contrasto con i diversi principi costituzionali, come si viene a spiegare.

Questione di legittimità costituzionale dell'articolo 9 ter del decreto legge 78 del 2015 s.m.i. relativamente ai commi 8, 9, 9 bis con riferimento agli articoli 2, 3, anche con riferimento al principio di ragionevolezza, 23,32, 35, 36, 41, 53, 97 Costituzione. Questione di legittimità costituzionale con riferimento all' art. 117 e 10 Costituzione in relazione all'art. 1 protocollo

addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali (Convenzione EDU).

La illegittimità costituzionale della norma indicata in epigrafe e trascritta nella parte in fatto appare evidente.

La norma dispone la restituzione, da parte delle imprese private fornitrici, come la ricorrente, di parte delle somme (calcolate in percentuale) pagate dalle aziende sanitarie nazionali a fronte di un adempimento contrattuale rappresentato da forniture di dispositivi medici effettuate dalle suddette imprese private al verificarsi della condizione dello sfioramento delle spese sanitarie su base nazionale e regionale: quasi che detto sfioramento sia dovuto alle imprese fornitrici e non alla esigenza delle strutture sanitarie di adempiere ai loro compiti istituzionali, che non può essere escluso da eventuali problemi di bilancio.

Non viene, tuttavia, prevista – né ventilata- la restituzione dei dispositivi medici che le aziende hanno fornito (operazione che sarebbe anche impossibile, posto che detti beni sono stati certamente già consumati ovvero non sono più utilizzabili/rivendibili) o di materiali equivalenti.

La norma, pur prescindendo dagli aspetti civilistici e contrattuali che saranno evidenziati in seguito, impone, pertanto, un vero e proprio ribaltamento e revisione del sinallagma contrattuale a suo tempo intercorso tra le parti; il che, addirittura, viene a determinarsi non in relazione alla singola azienda ed alle forniture di questa, ma in relazione al verificarsi di una situazione generalizzata di superamento delle soglie di spesa.

A nulla valendo, pertanto, il fatto che il contratto sia stato correttamente adempiuto dalla parte privata.

L'incostituzionalità della norma appare evidente, in tale situazione, laddove si ponga attenzione al fatto che l'aspetto restitutorio sia per legge conseguente a fatti altrui (la gestione dell'azienda pubblica) e, nel caso di specie, detto fatto sia stato accertato a distanza di anni dalla erogazione delle forniture effettuate, avvenuta a seguito di regolare contratto e/o gara di appalto, e solo a seguito di un decreto ministeriale che ha "verificato" lo sfioramento.

Il tutto senza considerare che lo sfioramento non è certo causato dalla azienda privata fornitrice, bensì dalla sua controparte pubblica con cui ha stipulato un contratto di fornitura, per di più non con riferimento al contratto vigente *inter partes* ma in via generale.

*

Tale disciplina non può trovare spazio nel nostro sistema costituzionale, perché in contrasto con i principi garantiti dalla Costituzione negli articoli in epigrafe indicati.

Per intanto essa applica il principio di solidarietà (art. 2 Costituzione) in modo unilateralistico, visto che esso è volto a risolvere problemi di una sola delle parti, per di più neppure legati al rapporto contrattuale, addossandoli all'altra.

L'art. 3 della Carta Costituzionale, inoltre, garantisce l'uguaglianza tra tutti i soggetti di diritto di fronte alla legge; mentre l'art. 41 Costituzione garantisce la libertà di impresa e di iniziativa privata.

Per contro, la disciplina del d.l. 78/2015 determina una illegittima differenziazione, in violazione dell'art. 3 e dell'art. 41 richiamati, tra le società cui è stato richiesto il rimborso e le indistinte società operanti sul mercato e di questa concorrenti cui non sia stato chiesto alcunchè perché non hanno

stipulato contratti con la pubblica amministrazione: queste ultime si trovano ad essere, nei fatti, avvantaggiate perché non sono sottoposte ad alcun prelievo.

Per di più, ancorché rispettosa formalmente dell'art. 23 Costituzione, secondo cui nessuna prestazione patrimoniale può essere richiesta se non in forza della legge, la norma impone una prestazione patrimoniale che non può essere considerata legittima.

La prestazione richiesta, infatti, non ha un corrispettivo che possa ricondurre lo spostamento di denaro richiesto nell'alveo contrattuale-civilistico o un servizio reso dal "pubblico" che deve essere, in qualche modo, compensato.

Per altro verso non essendo predeterminata e predeterminabile in relazione nel suo ammontare e nella sua debenza alla capacità economica del soggetto "aggredito", non può neppure essere ricondotta nel più generale alveo tributaristico.

La natura della prestazione richiesta appare pertanto oscura e non riconducibile a nessuna delle prestazioni previste e permesse dal nostro sistema giuridico: si avvicina – per la sua conformazione- all'istituto dell'esproprio ma tale non può essere, posto che l'esproprio presuppone che il bene espropriato sia utile in sé e non come strumento finanziario e- soprattutto- che venga garantito un indennizzo al privato espropriato.

La norma introduce, pertanto, un istituto che appare simile ad un atipico esproprio senza indennizzo: istituto non possibile nel nostro sistema giuridico, posto che l'art. 1 del protocollo della Convenzione richiamato in epigrafe protegge la proprietà privata, di cui nessuna persona (fisica o giuridica) può essere privata se non per una specifica causa di pubblica utilità e previo

indennizzo.

Tale non può essere un prelievo forzoso, posto che i problemi del debito pubblico si risolvono in sede di approvazione del bilancio dello stato attraverso risparmi ed entrate tributarie e non con prelievi a carico di cittadini che hanno il solo torto di essere in rapporto contrattuale con la P.A.

Più che altro, l'istituto, che è del tutto nuovo (il sistema "payback" previsto per i farmaci, infatti, non solo prevede la restituzione di importi calcolati su percentuali di gran lunga inferiori, ma soprattutto prevede sistemi di compensazione per le somme versate), ricorda – piuttosto - la *corvèè*: una prestazione dovuta dal privato a chi amministra sol perché il suddito è suddito e – perché tale - deve risolvere i problemi di chi esercita attività di interesse pubblicistico, anche se – nel caso – le prestazioni sono economiche e non personali.

Il che appare chiaro dalla norma stessa: la prestazione viene considerata, infatti, una eventualità tesa “ *a garantire ... il rispetto del tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici...*” ai sensi dell'art. 9 ter comma 1, lettera b.

In pratica, la norma tende ad acquisire risorse – pacificamente altrui- per garantire il rispetto del bilancio della pubblica amministrazione in punto spesa sanitaria.

Peccato che l'onere della parità di bilancio debba essere risolto da chi amministra la cosa pubblica, se del caso ripartendo i sacrifici fra tutti i cittadini, secondo i principi costituzionali, senza addossarli a specifiche categorie di cittadini.

Di certo, le aziende produttrici di dispositivi medici non possono (e non

devono) essere coinvolte nel rispetto e nel controllo del tetto di spesa regionale, né possono rispondere di spese decise da terze parti.

Anche perché le aziende fornitrici non possono certo avere voce in capitolo sulle spese che le aziende sanitarie locali possono o debbano intraprendere.

Al controllo delle spese e ai bilanci sono deputate le ragionerie e gli uffici di contabilità interna ad ogni azienda sanitaria locale, ad ogni ospedale ed ad ogni regione e provincia: non le imprese titolari di rapporti contrattuali con le strutture sanitarie.

Ed infatti la prima norma che ebbe a regolare la materia del controllo della spesa pubblica in ambito di “dispositivi sanitari” (ovverosia l’art. 17 del dl. 98/2011), poneva a carico delle Regioni l’eventuale sfioramento: da ricordare, altresì, come detta norma considerasse, ai fini della eventuale necessità del ripiano, la globalità delle spese regionali.

La legge successiva ed ora in esame, al contrario, scavalca tali principi-pacifici- e pone a carico di un soggetto- nello specifico il ricorrente- che ha effettuato una prestazione contrattualmente regolamentata, la restituzione di parte del prezzo di acquisto dei beni al fine di appianare uno sfioramento di bilancio cui tale soggetto non ha in alcun modo contribuito, posto che le sue prestazioni sono state correttamente eseguite.

La norma, pertanto, si pone in aperta violazione dei principi costituzionali di cui agli articoli 35, 36, 41 Costituzione posti come noto a tutela della retribuzione del lavoro e della libertà di impresa.

Appare evidente che una norma di tal fatta impedisce lo sviluppo della impresa, ma -anche- il corretto andamento della Pubblica Amministrazione.

Non può certo essere considerato “buon andamento” della Pubblica Amministrazione quello che ha ed intende utilizzare come “paracadute” una prestazione imposta in maniera del tutto arbitraria ad aziende che – come la ricorrente- hanno correttamente adempiuto al contratto stipulato.

L'unico risultato che una norma di tale tipo porterà non sarà il ripiano dei conti, bensì un grave problema per la sanità, posto che nessuna azienda fornirà più dispositivi medici al servizio sanitario, ovvero li fornirà a prezzi al di fuori di ogni ragionevolezza, dovendo accantonare- anche per anni- cospicue somme che – eventualmente- potrebbe dover restituire.

Peraltro, la norma non dispone neppure in ordine alle imposte e tasse che sicuramente sono state versate sulle somme a suo tempo incassate, né a che titolo dovrebbero essere contabilizzate le uscite pretese.

*

Risulta pertanto necessario che l'adito Giudice sollevi questione di legittimità costituzionale sulla norma indicata e per le ragioni indicate, rimettendo gli atti alla Corte Costituzionale.

Dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma discenderà l'annullamento/dichiarazione di nullità dei provvedimenti impugnati.

Per tutte le sovraesposte considerazioni

il ricorrente, come sopra rappresentato difeso e domiciliato, chiede che l'ecc.mo TAR Lazio- Roma, in accoglimento del presente ricorso, voglia

In via istruttoria: disporre l'acquisizione della documentazione relativa agli atti impugnati ed al procedimento prodromico; per il che si riserva la proposizione di motivi aggiunti;

Nel merito: annullare/ dichiarare nulli per i motivi meglio esposti in narrativa e con le conseguenze di legge i provvedimenti impugnati, quali meglio individuati in narrativa ed epigrafe;

previa, occorrendo e per quanto di ragione, rimessione della causa alla Corte Costituzionale con riferimento ai profili di illegittimità costituzionale dedotti in narrativa ovvero previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Unione Europea.

Con vittoria di spese ed onorari causa.

Salvis iuribus

Ai sensi di legge, si dichiara che il presente ricorso rientra tra quelli sottoposti a contributo unificato di €650 che verrà versato a sensi di legge.

Si produce:

- 1)Visura società ricorrente
- 2)Decreto Provincia impugnato
- 3)Decreto min. Salute 6.7.22
- 4)Decreto min. Salute 6.10.22
- 5)Ulteriori richieste di pagamento

Torino- Roma, 2.2.2023

Avv. Giuseppe Gallenca

Avv. Davide Gallenca

