

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

- ROMA -

Ricorso *ex art. 29 c.p.a*

per la società **STEELCO S.P.A.**, in persona del suo rappresentante legale *pro tempore*, corrente in Riese Pio X, via Balegante, n. 27, c.f. 04311220265, rappresentata e difesa, giusta procura allegata al presente atto, dagli avvocati prof. Francesco Volpe del Foro di Padova, c.f. VLPFNC66C29G224S, francesco.volpe@ordineavvocatipadova.it, telefax 049.876.4420; avv. Gaetano Alfarano del Foro di Milano c.f. LFRGTN65E04F839G, gaetano.alfarano@pec.gop.it, telefax 02.76009628; Paolo Brugnera del Foro di Padova c.f. BRGPLA61S17L736N, paolo.brugnera@ordineavvocatipadova.it, telefax 049660341; Lucia Girolami del Foro di Padova, c.f. GRLLCU73T42L551O, lucia.girolami@ordineavvocatipadova.it, telefax 049660341;

contro

la **Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia**, in persona del suo Presidente *pro tempore*, c.f. 80014930327, notificata presso i seguenti account di posta elettronica certificata:

- regione.friuliveneziagiulia@certregione.fvg.it (registro IPA, la parte non risultando iscritta al registro conservato dal Ministero della Giustizia)
- ads.ts@mailcert.avvocaturastato.it (Avvocatura distrettuale dello Stato di Trieste, presso cui è eletto domicilio processuale)
- ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it (Avvocatura generale dello Stato)

nonché contro

- il **Ministro della Salute**, c.f. 80242250589, notificato presso

ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it

- il **Ministro dell'Economia e delle Finanze**, c.f. 80415740580 presso

ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it

- la **Presidenza del Consiglio dei Ministri** (c.f. 80188230587) - **Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano** presso

ags.rm@mailcert.avvocaturastato.it

notiziandone, per quanto di eventuale interesse, come potenziale controinteressato:

Regione Veneto, in persona del suo Presidente *pro tempore*, Palazzo Balbi - Dorsoduro, 3901, 30123 Venezia, p. iva 02392630279, presso

protocollo.generale@pec.regione.veneto.it

come estratto dal registro pp.aa., conservato dal Ministero della Giustizia

nonché notiziandone, sempre per quanto di interesse

Regione Abruzzo, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 80003170661;

Regione Basilicata, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 80002950766;

Regione Calabria, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 02205340793;

Regione Campania, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 80051460634;

Regione Emilia-Romagna, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 80062590379;

Regione Lazio, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 80143490581;

Regione Liguria, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 00849050109;

Regione Lombardia, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 80050050154;

Regione Marche, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 80008630420;

Regione Molise, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 00169440708;

Regione Piemonte, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 80087670016;

Regione Puglia, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 80017210727;

Regione Toscana, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 01386030488;

Regione Umbria, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 80000130544;

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 80002870923;

Regione Siciliana - Assessorato alla Salute della Regione Siciliana, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 80012000826;

Regione Autonoma Valle d'Aosta, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 80002270074;

Provincia Autonoma di Trento, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 00337460224;

Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 00390090215;

Regione Trentino-Alto Adige – Sud Tirolo, in persona del suo Presidente, presso i domicili digitali come indicati in relata di notifica, c.f. 80003690221;

Azienda Regionale di Coordinamento per la Salute – ARCS, in persona del suo rappresentante legale *pro tempore*, presso il domicilio digitale come indicato in relata di notifica, c.f. 02948180308

per l'annullamento

previa concessione di misure cautelari

ex art. 55, comma 10, c.p.a.

dei seguenti atti e provvedimenti:

1) Decreto del Ministro della Salute, assunto di concerto con il Ministro dell'Economia, 6 luglio 2022, recante "Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018. (22A05189)"

2) Decreto del Ministro della Salute 6 ottobre 2022 recante “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. (22A06146)”

3) Accordo della Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano rep. atti n. 181/CSR del 7 novembre 2019 ai sensi dell’art. 9 - ter del d.l. 19 giugno 2019 n. 78 convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 125 tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sulla proposta del Ministero della Salute 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 2015-16-17 e 18

4) Nota del 14 novembre 2022 del preposto alla Direzione Centrale Salute, Politiche Sociali e Disabilità della Regione Autonoma Friuli – Venezia Giulia, avente ad oggetto: “Decreto del Ministero della salute 6 luglio 2022 (Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018), pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 216 del 15 settembre 2022. Adozione decreto del Direttore della Direzione centrale salute, politiche sociali e disabilità con il quale sono definiti gli 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 Avvio del procedimento”

5) Nota del 13 dicembre 2022 del preposto alla Direzione Centrale Salute, Politiche Sociali e Disabilità della Regione Autonoma Friuli – Venezia Giulia avente ad oggetto: “Istanza di

accesso agli atti relativa al procedimento amministrativo di cui al Decreto del Ministero della salute 6 luglio 2022 (Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018), pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 216 del 15 settembre 2022. Adozione decreto del Direttore della Direzione centrale salute, politiche sociali e disabilità con il quale sono definiti gli 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. Riscontro alle richieste di accesso agli atti

6) Decreto 14.12.2022 n. 29985 GRFVG del preposto alla Direzione Centrale Salute, Politiche Sociali e Disabilità della Regione Autonoma Friuli – Venezia Giulia (provvedimento immediatamente lesivo), avente ad oggetto: “Decreto del Ministero della Salute 6 luglio 2022 (Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 216 del 15 settembre 2022. Adozione decreto del Direttore della Direzione centrale salute, politiche sociali e disabilità con il quale sono definiti gli 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” nella parte in cui è stata imposto alla ditta ricorrente (come da inserimento in allegato al medesimo decreto) il pagamento della somma di euro 75.819,34, a titolo di ripiano del superamento del tetto regionale di spesa e in applicazione dell'art. 9 ter, commi 8, 9 e 9 bis, d.l. n. 78/2015

7) nota di avvisatura della Regione Autonoma Friuli – Venezia Giulia, notificata in data 19.12.2022 con la quale la parte ricorrente è stata portata a conoscenza della richiesta di pagamento.

FATTO

La società STEELCO S.P.A opera nel settore dei sistemi di lavaggio e sterilizzazione in ambito ospedaliero e, in quanto tale è stata fornitrice, negli anni correnti tra il 2015 e il 2018, di varie aziende sanitarie Locali operanti presso la Regione Autonoma Friuli – Venezia Giulia.

In data 14 novembre 2022 la Regione Autonoma Friuli – Venezia Giulia ha trasmesso a Steelco S.p.a. la comunicazione di avvio del procedimento finalizzato all'adozione del decreto del Direttore Centrale salute, politiche sociali e disabilità con il quale sono definiti gli 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.

Nonostante la predetta comunicazione prevedesse la possibilità di prendere visione degli atti del procedimento, gli stessi sono stati trasmessi solo in data 13 dicembre 2022, dopo ripetute richieste e solleciti.

La documentazione trasmessa si è rivelata di difficile comprensione dal momento che reca gli elenchi riepilogativi dei costi elaborati dalle singole aziende sanitarie, privi di adeguata legenda.

In data 19 dicembre 2022, la società è stata raggiunta da un atto di avvisatura della Regione (n. 6 dei provvedimenti impugnati) sulla base del quale essa apprendeva che la Regione esigeva il pagamento della somma di euro 75.819,34.

La pretesa - formalizzata con precedente provvedimento della 14.12.2022 n. 29985 GRFVG del preposto alla Direzione Centrale Salute, Politiche Sociali e Disabilità della Regione Autonoma Friuli – Venezia Giulia (provvedimento immediatamente lesivo) – pretendeva di trovare fondamento nell’istituto del payback, quale è disciplinato dall’art. 9, comma 8 e 9, d.l. n. 78.

In virtù di detto istituto, invero, è previsto che le ditte fornitrici del S.S.N. siano chiamate a ripianare i disavanzi accusati dalle regioni rispetto al proprio tetto massimo di spesa sanitaria.

In effetti, con decreto del Ministro della Salute (emanato di concerto con il Ministro dell’Economia e delle Finanze, reso in data 6 luglio 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. (22A05189)) era stato appunto dichiarato il superamento del tetto di spesa da parte della Regione con riguardo alle predette annualità 2015-2018 e, con successivo Decreto 6 ottobre 2022 il Ministro della salute aveva assunto le “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. (22A06146)”.

Il provvedimento regionale impositivo dell’onere debitorio (a sua volta preceduto da un atto di avvio del procedimento e da un atto di riscontro a una interinale domanda di accesso che pure vengono entrambi in questa sede impugnati) trovava dunque fondamento in quegli atti ministeriali, che rivestono la categoria di atto presupposto rispetto al decreto regionale del 14 dicembre, immediatamente lesivo.

Ritenendo che tutti gli atti che la ledono sia direttamente sia in via presupposta siano illegittimi, la società Steelco S.p.A. ne chiede qui l'annullamento, sulla base dei seguenti

MOTIVI DI IMPUGNAZIONE

A) Violazione di legge per violazione della norma di risulta derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 9 -ter, comma 8, comma 9 e comma 9 - bis, d.l. n. 78/2015 secondo una pluralità di ragioni, diversamente capitolate.

Tutti i provvedimenti amministrativi impugnati, a cominciare dal D. M. Salute, 6 luglio 2022, trovano fondamento giuridico sulla vigenza dell'art. 9 - ter, d.l. 19 giugno 2015, n. 78.

Con detta disposizione, è stata istituita la misura, c.d. del *payback*, che, attraverso il trasferimento in capo alle imprese fornitrici del S.S.N. dell'onere di ripianare le eccedenze ai tetti di spesa regionali, si espone, secondo plurimi punti di vista, a contrarietà con la Costituzione.

Sicché, gli stessi provvedimenti amministrativi risultano inficiati nella loro validità, per violazione della norma di risulta derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale del citato art. 9 - ter, quale si confida che verrà pronunciata dalla Corte all'esito dell'accoglimento della questione di legittimità che questo Tribunale intenderà sollevare.

Va detto che l'art. 9 - ter, cit., ha subito, nel tempo, alcune riforme, delle quali pure si darà conto.

Tuttavia, nonostante i sopravvenuti interventi correttivi della disciplina, l'impianto generale del *payback* è rimasto sostanzialmente immutato ed è questo stesso impianto a porsi in contrasto con la Costituzione.

Il *payback*, invero, può essere in tal modo descritto.

Stabilito che spetta alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano determinare con cadenza biennale il tetto di spesa applicabile in ogni Regione per l'acquisto di dispositivi medici, entro il 30 settembre di ogni anno (ma, in realtà, detto termine è stato ampiamente *sforato*, stante che si discute in questa lite di fattispecie formatesi tra il 2015 e il 2018), il Ministro della Salute (di concerto con il Ministero dell'Economia) dichiara con decreto l'eventuale superamento da parte delle singole Regioni del rispettivo tetto di spesa (art. 9 - *ter*, comma 8).

Come conseguenza di questa dichiarazione, il superamento “è 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”.

Emerge così che l'obbligo di ripiano, addossato alle imprese fornitrici, si traduce in un **sostanziale obbligo di restituzione** (tale è appunto il significato in lingua inglese del termine “*payback*”) **di parte dei corrispettivi** ricevuti dalle medesime imprese a compenso delle prestazioni rese e che la stessa richiesta di ripiano, avanzata dalle Regioni, equivale a una sorta di parziale ripetizione di quanto precedentemente liquidato.

Questa base normativa ha portato ai provvedimenti oggi impugnati, con i quali la Regione Friuli-Venezia Giulia ha imposto alla società ricorrente il pagamento di una somma di denaro, che,

in sostanza, equivale alla restituzione di parte di quel che essa aveva già percepito per le forniture eseguite a beneficio del S.S.R. nel periodo compreso tra il 2015 e il 2018.

Dal procedimento, così illustrato nei suoi passaggi essenziali, deriva che:

a) le ditte fornitrici (tra cui la società ricorrente), poi divenute destinatarie della richiesta di ripiano e di sostanziale restituzione di parte dei corrispettivi percepiti, non hanno svolto alcun ruolo né hanno avuto alcuna incidenza sulla genesi dei presupposti a fondamento di tale richiesta, la quale dipende esclusivamente dall'operato della Regione atteso che è stata quest'ultima (insieme alle Aziende sanitarie, suoi enti strumentali) – e solo essa - ad avere deciso il superamento del tetto complessivo di spesa.

Si permetterà, perciò, di ribadire che il superamento del tetto di spesa, che giustifica il ricorso al *payback*, si riferisce a fatti al cui venire in essere le ditte fornitrici sono state del tutto estranee, senza alcuna possibilità di intervenire né per consentire che essi si verificassero, né per impedirlo;

b) quanto percepito dalle ditte fornitrici, a suo tempo, costituiva il corrispettivo per la fornitura di dispositivi medici a favore del Servizio Sanitario Regionale. L'ammontare di detto corrispettivo trovava, a sua volta, causa e giustificazione nel sottostante contratto di fornitura e la liquidazione delle relative somme non poteva, dunque, ritenersi *sine titulo*.

La ripetizione di parte del corrispettivo (in cui si traduce l'obbligo di ripiano), pertanto, non è riconducibile a un fenomeno di ripetizione dell'indebito oggettivo (2033 c.c.).

Tanto meno, la pretesa creditoria avanzata dalla Regione trova fondamento su un inadempimento, totale o parziale, degli obblighi

assunti dalla ditta fornitrice o su un qualsivoglia *illecito* o *quasi-illecito* (quale ad esempio un ingiustificato arricchimento) ad essa riferibile, stante il fatto che la medesima ditta, a suo tempo, ha ricevuto solo le somme a lei spettanti per le prestazioni rese.

Essa, cioè, ha percepito quanto dovuto e nulla più.

In forza di queste premesse, il *payback*, di per sé, non rientra in nessun modo nel rapporto sinallagmatico instauratosi per effetto del contratto tra il fornitore e il servizio sanitario e non trova nello stesso alcuna causa o giustificazione, perché il superamento del complessivo tetto di spesa regionale è fatto del tutto estraneo al contratto e ai reciproci doveri delle sue. Il *payback*, perciò, *tocca* il contratto di fornitura solo in modo *tangente*, in ragione di un occasionale *contatto* tra il fornitore e la Regione e nulla più.

La ripetizione di parte delle somme liquidate a titolo di giusto corrispettivo per le forniture rese trova, infatti, spiegazione esclusivamente nella finalità (perseguita dal legislatore) di ripianare le eccedenze di bilancio rispetto al prefissato tetto regionale di spesa, le quali sono insorte in modo del tutto avulso e indipendente dal rapporto negoziale instauratosi con il singolo fornitore, dallo svolgimento del medesimo rapporto, dalla condotta del fornitore e da ogni forma di responsabilità dello stesso.

Ne deriva che il *payback* è una misura finanziaria atta a ripristinare i bilanci delle Aziende Sanitarie di cui è stato fatto carico ai fornitori in ragione di un criterio del tutto **empirico**, il quale trova fondamento solo **nell'arbitraria** volontà del legislatore e senza che sussista un collegamento razionale e giustificato con la fornitura resa.

Questi rilievi espongono l'art. 9 – *ter*, d.l. n. 78/2015, a profili di incostituzionalità sotto molteplici aspetti, di seguito capitolati che

devono intendersi alla stregua di autonomi motivi d'impugnazione.

1) Violazione di legge dei provvedimenti impugnati, per violazione della norma di risulta derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 9 -ter, comma 8, comma 9 e comma 9 - bis del d.l. n. 78/2015 in relazione agli artt. 3 e 97 della Costituzione e per violazione dei principi di buon andamento e di ragionevolezza.

Le conseguenze dell'introduzione del *payback* vanno valutate non solo sotto il profilo, più immediato, degli oneri di ripiano che le ditte fornitrici sono tenute a sostenere, ma anche per quello che ne deriva sui mercati delle forniture a favore delle Aziende sanitarie.

Si deve tenere conto, invero, degli adeguamenti che l'istituto inevitabilmente produrrà nei comportamenti commerciali degli operatori nel mercato delle forniture al S.S.N.; comportamenti che, per elementari principi dell'economia, devono intendersi razionali e conformi rispetto all'*impulso* ricevuto dall'applicazione dell'art. 9 - ter.

È infatti evidente che le ditte fornitrici - le quali siano consapevoli di dover essere esposte, in futuro, al **rischio** di restituire parte dei proventi percepiti a titolo di corrispettivo - saranno orientate, in sede di formazione delle proprie domande di partecipazione alle gare d'appalto, a conformare la propria offerta economica tenendo conto di tale eventualità.

La previsione di un futuro, possibile (se non probabile), *payback* spingerà, dunque, gli operatori a formulare **offerte economiche "al rialzo" rispetto a quello che sarebbe l'effettivo valore di mercato dei beni offerti in fornitura.**

E poiché il *payback* incide sugli aggiudicatari di tutte le varie forniture previste dall'allegato A, d.l. n. 78/2015 (che a loro volta "coprono" pressoché tutti i beni e i servizi di cui possa avere bisogno l'Amministrazione sanitaria), tale rialzo sarà generalizzato e si tradurrà in un'altrettanta generale **maggior spesa complessiva per le Aziende sanitarie.**

Si ricava, così, che l'introduzione del *payback* si traduce in un tradimento del principio di buon andamento della pubblica Amministrazione, sancito dall'art. 97 Cost., e del principio di ragionevolezza implicito nell'art. 3 Cost., perché l'istituto, anziché favorire il contenimento della spesa pubblica, la aggraverà, sì da risolversi in una misura economica incoerente e persino contraddittoria con gli scopi prefissati.

È, anzi, ragionevole prevedere che l'applicazione del *payback*, comportando un innalzamento generalizzato dei prezzi a cui le Amministrazioni sanitarie potranno acquistare le forniture, **sarà causa esso stesso di superamento del tetto di spesa regionale**, sì da portare a risultati, anche sotto questo aspetto, contrari con quelli dichiarati dalla riforma del 2015 e generando una sorta di **circolo vizioso.**

Cosicché, tanto più si ricorrerà oggi al *payback*, tanto più sussisteranno le ragioni per ricorrervi anche per il futuro.

E poiché lo stesso superamento del tetto, alimentato dal ricorso al *payback*, è compensato solo in parte dal prelievo imposto ai fornitori privati (rimanendo il 50% dello stesso a carico dell'ente pubblico), la misura, anziché favorire una riduzione della spesa pubblica, favorirà, anche per questo motivo, un suo ulteriore incremento che non potrà essere integralmente ripianato da

soggetti terzi all'Amministrazione e che dovrà essere sostenuto con i propri cespiti direttamente dagli stessi enti pubblici.

La violazione del principio di ragionevolezza e del principio di buon andamento così illustrata deve ritenersi il risultato di un giudizio obiettivo, condotto sulle conseguenze economiche e sulle prevedibili modificazioni dei comportamenti degli operatori commerciali sui mercati, che la disciplina del 2015 inevitabilmente cagionerà.

Per questo motivo, l'istituzione del *payback* – con gli effetti distorsivi appena accennati - non può neppure essere ricondotta nell'alveo dell'insindacabile discrezionalità del legislatore.

Infatti, un tale limite al sindacato di legittimità sulle leggi può valere solo a patto che le decisioni assunte dal legislatore non si pongano in radicale contrasto con gli obiettivi dichiarati e quindi solo a patto che non residui alcun margine di potenziale razionalità nelle decisioni legislative assunte.

Ma questa eventualità non può essere ravvisata nel caso di specie perché, secondo quanto rappresentato, il sistema del *payback* comporterà effetti indiretti, ma inevitabili, di incremento della spesa pubblica, senza che possa permanere alcun margine di apprezzabile giudizio sulla ragionevolezza della misura introdotta.

2) Violazione di legge dei provvedimenti impugnati, per violazione della norma di risulta derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 9 -ter, comma 8, comma 9 e comma 9 - bis, del d.l. n. 78/2015 in relazione agli artt. 3 e 97 della Costituzione e per violazione dei principi di buon andamento e di ragionevolezza.

L'irragionevolezza dell'istituto del *payback*, d'altro canto, si palesa anche nell'ipotesi opposta a quella appena considerata e che qui

si esamina solo a titolo ipotetico (presupponendo un comportamento irrazionale degli operatori commerciali), onde escludere anche sotto questo profilo ogni dubbio in merito all'incostituzionalità della disposizione di legge.

Si ammetta pure, infatti, che, nonostante il *payback*, i fornitori del S.S.N. rinuncino a comportarsi razionalmente e che, dunque, essi si accollino i costi del fattore-rischio, legati all'eventualità di dover restituire parte dei corrispettivi percepiti a fronte delle loro forniture. Si ammetta, in altri termini, che i fornitori, nonostante la previsione di un futuro, possibile, *payback*, **decidano di non ricaricare il costo di detto rischio** sul prezzo dei prodotti offerti, lasciando quest'ultimo inalterato.

A voler concedere plausibilità a una tale ipotesi (per il vero, del tutto improbabile), si dovrà allora concludere che detti imprenditori sarebbero disponibili a fornire i loro beni a **un prezzo sostanziale inferiore all'effettivo valore dei medesimi beni**.

Il prezzo sostanziale di vendita, per tale eventualità, non potrebbe coincidere, infatti, con il valore nominale a cui le merci vengono scambiate e quale risulta dalle offerte contrattuali fatte oggetto di aggiudicazione in sede di gara d'appalto.

Il prezzo sostanziale, invece, dovrebbe essere più realisticamente individuato in quel che resta dalla sottrazione operata sul prezzo nominale di quanto successivamente ripetuto dalle Amministrazioni pubbliche a titolo di *payback*.

In altri termini, se il bene fosse venduto al prezzo nominale, contrattualmente stabilito, di "cento", ma poi la fornitrice dovesse restituire "quindici" a titolo di *payback*, il prezzo sostanziale della fornitura non potrebbe essere pari a "cento", ma sarebbe pari a "ottantacinque".

Delle due, dunque l'una: o si accetta che gli operatori, in vista del futuro *payback*, adegueranno i propri comportamenti sul mercato rialzando i prezzi delle merci in ragione del sopraggiunto fattore di rischio (e in tal caso le Amministrazioni acquisterebbero le forniture a un prezzo superiore al loro effettivo valore) o si accetta che gli operatori vendano e, soprattutto, che le Amministrazioni acquistino le merci e i servizi a un prezzo inferiore a quello ritenuto economicamente sostenibile dalle ditte fornitrici.

Questa seconda eventualità porta, tuttavia, a problemi di costituzionalità speculari, ma non meno fondati, rispetto a quelli descritti nel precedente capitolo di impugnazione.

Nel principio di buon andamento, quale è sancito dall'art. 97 Cost., va ricondotta, invero, anche la necessità che gli enti pubblici - allorché si approvvigionano sul mercato di beni, servizi o prestazioni altrui - possano contare su offerte realisticamente affidabili e coerenti con il valore sostanziale di quanto si accingono ad acquistare.

Come è ben noto, non sempre, infatti, è nell'interesse degli enti pubblici acquistare al più basso prezzo possibile.

Anzi, vale se mai la regola contraria: è interesse delle Amministrazioni acquistare beni e servizi al loro giusto valore, onde evitare che sia resa loro una prestazione inaffidabile o comunque non all'altezza dei requisiti prestazionali desiderati.

Costituisce, perciò, un esempio utile a valere come *tertium comparationis*, ai fini del giudizio sulla ragionevolezza sull'art. 9 - *ter*, l'istituto delle *offerte anormalmente basse*, oggi previsto dall'art. 97 del vigente codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 50/2016), secondo il quale - nelle procedure ad evidenza pubblica condotte con il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa - debbono essere escluse quelle offerte economiche il cui valore sia stato stimato in modo eccessivamente inferiore rispetto a quello di mercato.

In effetti, l'introduzione del *payback* ha di fatto istituzionalizzato esattamente il contrario.

Il *payback*, di fatto, ha istituzionalizzato e generalizzato la presentazione di offerte anomale in ribasso, perché il prezzo sostanziale di vendita non deve ritenersi quello nominalmente indicato (e che, astrattamente, dovrebbe costituire il valore di mercato, permettendo la remunerazione dei fattori produttivi e di un ragionevole margine di utile), ma quello che risulta al netto dell'applicazione del *payback* stesso.

Vale a dire un prezzo che deve ritenersi, altrettanto per definizione, inferiore al valore di scambio effettivo del bene e che è, conseguentemente, anomalo (perché inferiore a quello ritenuto dall'impresa fornitrice ragionevolmente remunerativo e, proprio per questo motivo, suscettibile di essere formalmente offerto in gara).

Da qui la compromissione, anche secondo questo profilo, del principio di ragionevolezza e del principio di buon andamento.

3) Violazione di legge dei provvedimenti impugnati, per violazione della norma di risulta derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 9 -ter, comma 8, comma 9 e comma 9 - bis, del d.l. n. 78/2015 in relazione agli artt. 3 e 97 della Costituzione e per violazione dei principi di buon andamento e di ragionevolezza.

Né, al fine di confutare la fondatezza dei primi due rilievi di illegittimità costituzionale, vale invocare l'art. 97 Cost., nella parte

in cui esso prevede che le pubbliche Amministrazioni debbano assicurare “l'equilibrio dei bilanci”.

Solo una lettura superficiale dell'art. 9 – *ter*, infatti, potrebbe portare a ritenere che la ripetizione di parte dei corrispettivi liquidati ai fornitori sia funzionale a consentire all'Amministrazione di raggiungere l'equilibrio dei propri bilanci, per il caso in cui sia stato superato il predeterminato tasso di spesa regionale.

Per la verità, invece, la misura del *payback* sortisce l'effetto opposto, giacché essa permette alle Amministrazioni sanitarie (che, superando il tesso di spesa, abbiano **già violato** i propri limiti di bilancio) di godere di una sorta di rassicurazione, fornita dal legislatore proprio con l'art. 9 – *ter* in esame, di rivalersi, almeno per parte dell'eccedenza, sui privati fornitori e quindi di rientrare contabilmente *in bonis*.

L'istituto del *payback*, dunque, non è uno strumento utile a prevenire i disequilibri di bilancio, perché, invece, li incentiva, in questo modo rivelando un ulteriore profilo di irragionevolezza, oltre che una violazione diretta dell'art. 97, Cost.

Il fatto che i bilanci possano (ma solo in parte) essere riequilibrati, appunto per effetto dell'applicazione del *payback*, non costituisce, in altri termini, un modo di adempiere al vincolo stabilito dall'art. 97, perché riequilibrare non significa mantenere un equilibrio stabilito sin dall'origine, ma, se mai, presuppone che un dato equilibrio sia già stato compromesso (e che quindi serva agire per ripristinarlo).

Tuttavia, l'equilibrio di bilancio protetto dall'art. 97 Cost. è quello che, sin dall'inizio, non deve essere alterato, cosicché una misura compensativa, quale è il *payback*, che aiuti a ripristinare un

equilibrio precedentemente guastato, non rispetta, ma anzi viola, il dettato costituzionale.

4) Violazione di legge dei provvedimenti impugnati, per violazione della norma di risulta derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 9 -ter, comma 8, comma 9 e comma 9 - bis, del d.l. n. 78/2015 in relazione all'art. 41 Cost.

L'istituzione del *payback*, d'altro canto, viola anche il principio di libertà dell'iniziativa economica privata (41 Cost., primo comma). Il suo meccanismo, infatti, impone, attraverso l'obbligo di ripiano, una sostanziale restituzione ("*payback*", appunto) di parte dei corrispettivi percepiti dalle ditte fornitrici in seguito alla dichiarazione del superamento del tetto regionale di spesa.

Tale dichiarazione, a sua volta, può essere resa solo dopo che siano conclusi gli esercizi finanziari a cui si riferiscono le forniture già rese. Perciò, essa viene resa dopo che già sono stati formati, da parte delle imprese fornitrici, quei propri bilanci in cui vanno appostati i corrispettivi ricevuti per le forniture rese e dopo che sono stati perfezionati i relativi documenti fiscali¹.

Vi è dunque una sorta di *retroattività*, insita nell'applicazione del *payback*, perché si restituisce "oggi" quel che è stato ricevuto, contabilizzato e fatturato "ieri".

¹ Si rammenta il testo dell'art. 9 - ter, 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".

Ne discende, in primo luogo, che il *payback* incide in modo diretto sul **principio di conservazione delle attività produttive**, che è implicito nel principio di iniziativa economica privata, compromettendo *a posteriori* la loro stabilità contabile e aziendale. Infatti, quanto ai bilanci e ai consuntivi delle ditte fornitrici, essi sono stati costruiti proprio tenendo conto dei corrispettivi percepiti, i quali, a loro volta, sono stati inseriti nelle relative poste attive, concorrendo al raggiungimento di un eventuale utile d'impresa.

L'insorgenza, in un momento successivo alla chiusura dei bilanci, di obblighi che impongono, a titolo di *payback*, la restituzione di quanto già legittimamente percepito **altera**, tuttavia, **la veridicità e la stabilità dei bilanci aziendali**, giacché questi documenti contabili risulteranno rappresentativi di uno stato patrimoniale diverso e migliore di quello reale, tenendo conto dei corrispettivi "pieni" e non dei più sinceri corrispettivi risultanti al netto della decurtazione operata per effetto del *payback*.

Tale alterazione – indirettamente causata - della veridicità sostanziale dei bilanci avviene senza che le imprese ne siano in alcun modo responsabili costituisce un vero e proprio pregiudizio sia per i soggetti terzi, sia, in definitiva, per la stessa impresa.

L'inaffidabilità dei documenti contabili, invero, non è del tutto occulta, giacché l'esistenza del *payback* è nota e, quindi, è noto anche che le poste attive indicate a bilancio dalle imprese fornitrici del S.S.N. possano non essere veritiere.

Tutti questi fattori sono noti, dunque, anche a quei soggetti terzi con i quali le medesime imprese fornitrici intrattengono, a loro volta, rapporti commerciali e a quegli ulteriori soggetti (istituzioni

bancarie, assicurazioni, azionariato diffuso) ai quali esse si affidano per avere accesso al credito.

E poiché tutti questi soggetti, riconoscendo non piena affidabilità alle scritture contabili, estenderanno inevitabilmente il medesimo giudizio anche sulla affidabilità commerciale delle imprese fornitrici stesse, ne consegue che anche queste ultime riceveranno un pregiudizio dall'alterazione della veridicità sostanziale dei propri bilanci, perché vedranno indebolita la propria presenza sui mercati.

Conseguenze ugualmente dannose emergono, poi, sotto il profilo fiscale, dal momento che i corrispettivi, una volta appostati a bilancio per l'intero, hanno già concorso a generare un dato reddito d'impresa, sul quale è stato poi calcolato il prelievo fiscale. Una volta applicato, in un esercizio finanziario successivo, il *payback*, risulterà però che detto reddito d'impresa è stato stimato in eccesso, sì da favorire l'assoggettamento a una fiscalità essa stessa eccessiva, senza che l'impresa abbia alcuna possibilità di chiedere la restituzione di quanto ingiustificatamente versato all'Erario.

Tanto basta a far risaltare una diretta e ingiustificata compressione del principio di iniziativa economica, quale causata dall'art. 9 – *ter*, d.l. n. 78/2015.

Ma – anche a voler prescindere dalle ricadute commerciali e fiscali, legate alla veridicità dei documenti contabili – la prospettiva di una violazione dell'art. 41 Cost. si pone in via ancora più sostanziale, ove si consideri che, in ogni caso, il sopravvenuto obbligo di restituire parte dei corrispettivi ricevuti per le forniture rese può vanificare (e in ogni caso ridurre) i profitti d'impresa, sì da compromettere la sopravvivenza dell'impresa

stessa e, quanto meno, si da rendere estremamente difficile ogni valutazione sulle future prospettive di investimento o di sviluppo stante l'incertezza relativa alle effettive risorse economiche di cui l'impresa fornitrice del S.S.N. può disporre.

Questi rilievi rendono del tutto irrealistico che si possa contrapporre una qualsiasi contraria esigenza costituzionale la quale, in virtù di una sorta di bilanciamento ispirato alle necessità di ripiano della spesa pubblica, sia capace di concorrere ad attenuare (se non addirittura ad escludere) la violazione dei principi ritenuti dall'art. 41 Cost.

La Corte (si considerino le pronunce Corte cost. 7 maggio 2020, n. 85; 31 marzo 2015, n. 56) ha osservato, in effetti, che tale bilanciamento, rispetto all'art. 41, non è consentito allorché le misure che incidono sul diritto di iniziativa privata si rivelino **arbitrarie** e palesemente **incongrue**.

Entrambi i profili, tuttavia, risultano toccati dalla disciplina introdotta dall'art. 9 - *ter*, d.l. n. 78/2015.

Il *payback*, infatti, è misura certamente **arbitraria**, là dove essa prevede che siano esclusivamente le ditte fornitrici del S.S.N. (e non altri soggetti) a sostenere le necessità di ripiano, atteso che non è possibile ascrivere alcun profilo di responsabilità nella condotta di queste imprese, né sussiste alcun collegamento tra il loro operato e il superamento dei tetti regionali di spesa.

Le imprese fornitrici, per il vero, si sono limitate ad adempiere alla prestazione a loro richiesta e, per conseguenza di tale adempimento, hanno ricevuto una contropartita, del tutto giustificata e corretta in virtù della sinallagmaticità del rapporto negoziale corrente con l'Amministrazione pubblica. Una volta

adempite queste reciproche prestazioni, il rapporto giuridico stesso con l'ente pubblico viene tuttavia a cessare.

Non vi è dunque nessuna ragione per introdurre un regime differenziato (rispetto a qualunque altro soggetto dell'ordinamento) in capo alle imprese fornitrici e per riferire a loro (e non ad altri) l'onere di sostenere i pesi del ripiano.

Sussiste, peraltro, anche il superamento del limite della **congruenza**, in ragione di quanto esplicitato nei precedenti punti, ove si è dimostrato che l'applicazione del *payback* comporta, necessariamente, per il S.S.N. l'approvvigionamento di forniture a prezzi più elevati di quelli propri del mercato oppure, in alternativa, una sorta d'istituzionalizzazione del fenomeno delle anomalie delle offerte, con conseguente esposizione dell'autorità amministrativa a provviste qualitativamente non affidabili perché prestazionalmente (e occultamente) diverse da quelli richieste nei bandi di gara.

Sicché, a fronte della violazione del principio di conservazione dei mezzi di produzione aziendale, insita nel meccanismo introdotto dal d.l. n. 78/2015, non può essere fatto valere neppure il principio di buon andamento dell'Amministrazione (e, insieme a esso, la necessità di provvedere al riequilibrio dei bilanci), tanto più che lo stesso principio, per quanto detto nei precedenti capitoli di impugnazione, deve ritenersi violato.

5) Violazione di legge dei provvedimenti impugnati, per violazione della norma di risulta derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 9 -ter, comma 8, comma 9 e comma 9 - bis, del d.l. n. 78/2015 in relazione agli artt. 3 e 53 Cost. e per violazione dei principi di ragionevolezza e di progressività dell'imposizione tributaria.

Si è già dimostrato perché il *payback* non possa essere considerato una misura atta a favorire il rispetto dei bilanci pubblici e perché, anzi, esso sia un incentivo al disequilibrio di bilancio, basato sulla confidenza di poter rimediare all'eccesso di spesa trasferendone, almeno in parte, gli oneri sulle imprese fornitrici.

Tuttavia, anche chi volesse sostenere la tesi opposta e volesse affermare che la sostanziale ripetizione di parte dei corrispettivi servirebbe pur sempre a riequilibrare un bilancio pubblico in sofferenza e a favorire il sostenimento del debito pubblico dovrebbe, per logica coerenza, riconoscere l'illegittimità dell'art. 9 – *ter* alla luce di ulteriori parametri costituzionali.

È infatti evidente che l'obbligo di ripiano, in capo alle imprese fornitrici del S.S.N., si risolve in una sorta di **criptotributo**, del quale le Amministrazioni sanitarie si servono e al quale attingono allo scopo di sostenere le proprie passività.

Una volta escluso, infatti, che, a fondamento della richiesta di ripiano, possa essere addotta una qualsivoglia responsabilità delle ditte fornitrici o che possa essere fatto valere un indebito oggettivo o un arricchimento *sine titulo*, il *payback* non può essere altrimenti descritto, se non sulla base di una **logica di sostanziale prelievo fiscale**.

Vengono, a questo punto, alla luce vistosi problemi di ragionevolezza della norma, che riguardano, innanzi tutto, **l'individuazione** nelle imprese fornitrici **dei soggetti passivi della prestazione tributaria**.

Non vi è nessun motivo, invero, di circoscrivere e di limitare a costoro la platea dei soggetti tenuti a sostenere l'eccesso di spesa sanitaria delle Amministrazioni regionali, salvo che non si voglia,

improbabilmente, ravvisare detto motivo nell'occasionale *contatto* che i fornitori hanno avuto con l'ente pubblico in ragione della fornitura.

In altri termini, non trova nessuna giustificazione il fatto che a sostenere gli oneri del superamento di spesa siano i fornitori e non altre categorie di soggetti, quali potrebbero essere, ad esempio e *per absurdum*, i carrozzieri, i venditori ambulanti, i contadini e, più in generale, i contribuenti tutti.

Il fatto che queste imprese abbiano conferito beni e che per questo motivo siano state a suo tempo remunerate, di per sé, non significa alcunché rispetto al loro assoggettamento al (cripto)tributo, perché esse altro non hanno ricevuto se non ciò che a loro spettava giustamente, *iure et de iure*.

Inoltre, non sussiste in capo a loro neppure alcun arricchimento indebito, proprio perché i fornitori hanno ricevuto i corrispettivi dovuti sulla base di un titolo apprezzato e giuridicamente meritevole di tutela (il contratto di fornitura) e perché si sono limitati a godere di quanto convenuto in pagamento della prestazione resa.

Allo stesso modo, stante il carattere di corrispettivo proprio delle somme liquidate a suo tempo alle imprese fornitrici, le medesime non hanno goduto né di una sorta di donazione né di alcun contributo pubblico.

Men che meno, l'aver reso una fornitura all'ente pubblico non può essere assimilato al godimento di una sorta di "servizio pubblico" reso dall'Amministrazione, cosicché, anche per tale ipotetica via, diventa del tutto improbabile ravvisare nel *payback* una sorta di canone o di *tassa* a titolo di controprestazione per un servizio reso dall'autorità sanitaria.

Si dimostra così la totale irragionevolezza della norma, a fronte dei parametri degli art. 3 e 53 Cost, perché, appunto, essa individua la platea dei sostanziali contribuenti sulla base di un criterio arbitrario, empirico, occasionale e in nessun modo riconducibile allo sfioramento dei tetti di spesa.

Peraltro, l'art. 53 risulta violato anche secondo il versante del principio di **progressività** dell'imposta.

I fornitori, invero, sono tenuti a subire il *payback* in modo lineare e in ragione della "incidenza percentuale del proprio fatturato sul totale della spesa per l'acquisto di dispositivi medici a carico del Servizio sanitario regionale".

L'imposta, pur dissimulata, rimane, tuttavia, pur sempre tale e, quindi, deve rispettare i collegati principi costituzionali.

Pertanto, essa deve essere riferibile a un effettivo reddito e deve essere stabilita in modo proporzionale e progressivo rispetto allo stesso.

Nel caso concreto, tuttavia, non solo il *payback* non è affatto progressivo (perché esso non varia in ragione del maggiore o minor reddito), ma si applica anche indipendentemente dall'esistenza di un profitto (che potrebbe anche non esserci stato) essendo determinato semplicemente in base all'incidenza percentuale del valore della fornitura sull'ammontare complessivo della spesa pubblica.

6) Violazione di legge dei provvedimenti impugnati, per violazione della norma di risulta derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 9 -ter, comma 8, comma 9, e comma 9 - bis del d.l. n. 78/2015 in relazione all'art. 117 Cost. e, per conseguenza, in relazione all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

È affermazione indiscussa dalla giurisprudenza costituzionale quella secondo cui l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nel sancire il diritto a una buona Amministrazione, tutela il diritto dell'affidamento dei privati alla stabilità dei rapporti con l'autorità pubblica, che non può essere pregiudicato da sopravvenuti interventi peggiorativi di questa stessa autorità, neppure quando essi fossero consentiti dal legislatore (Corte cost., 31 marzo 2015, n. 56).

Dal canto suo, l'art. 9 - *ter*, d.l. n. 78/2015, ammettendo che l'Amministrazione regionale possa imporre gli obblighi di ripiano in capo alle imprese fornitrici e che quindi la stessa Amministrazione possa sostanzialmente ottenere la restituzione di una parte dei corrispettivi già liquidati - si pone in contrasto con detto principio.

È evidente, infatti, che il *payback* confligge con l'affidamento conservato dalle ditte fornitrici sulla stabile spettanza dei corrispettivi (tanto più se essi fossero già stati liquidati), così come integralmente previsti a fronte delle prestazioni rese.

Poiché, peraltro, l'art. 41, cit., della Carta fondamentale vale quale parametro di legittimità costituzionale, in virtù dell'interposto art. 117 Cost., emerge anche sotto questo profilo la necessità di dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 9 - *ter*, comma 8 e comma 9, d.l. n. 78/2015.

D'altra parte, tale lesione del principio di affidamento sulla stabilità dei rapporti con la pubblica Amministrazione non viene meno, neppure tenendo conto dei limiti che la stessa Corte costituzionale ha indicato a suo riguardo.

Costituisce pronuncia di riferimento, in materia, la già citata sentenza Corte cost. n. 56/2015.

È pur vero, dunque, che la Corte, con tale pronuncia, ha stabilito che il principio di affidamento sulla stabilità dei rapporti, quale recepito nell'art. 3 Cost., non è assoluto né inderogabile.

Tuttavia, la possibilità che il legislatore autorizzi le Amministrazioni pubbliche ad assumere provvedimenti lesivi dell'affidamento dei privati sulla stabilità e sulla definitività dei rapporti giuridici soggiace alla necessità che si intervenga:

- a) con provvedimenti ragionevoli;
- b) su rapporti di durata;
- c) senza che sia trascorso “un periodo sufficientemente lungo, sia per essere sorta in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento”.

Non è qui necessario ripetersi sul difetto di ragionevolezza della misura (perché già se ne è ampiamente trattato nei precedenti punti).

Giova invece osservare che, nella fattispecie disciplinata dall'art. 9 – *ter*, **non si è in presenza di un rapporto di durata**, perché il *payback* si riferisce, invero, a rapporti già esauriti, in cui la prestazione del privato fornitore e quella dell'Amministrazione acquirente sono state già interamente adempiute.

Quanto, poi, al requisito appena indicato *sub c)*, vale appena rammentare che le somme richieste in pagamento, nell'odierna fattispecie, si riferiscono a forniture eseguite tra l'anno 2015 e l'anno 2018. Le più recenti forniture risalgono dunque a oltre quattro anni prima da quando, con i provvedimenti qui contestati, è stata fatta ripetizione di parte dei corrispettivi liquidati. E tanto basta a dimostrare **il mancato rispetto del parametro della contestualità cronologica**.

È giusto, peraltro, evidenziare che i suddetti limiti alla tutela costituzionale del principio di affidamento e di stabilità dei rapporti economici sono stati affermati dalla Corte costituzionale con riferimento a una fattispecie relativa al mantenimento di una concessione di servizio pubblico. Si trattava, dunque, di un'attività riservata al monopolio legale dell'Amministrazione e della quale l'Amministrazione stessa conservava, in ogni caso, il mezzo per tornare nella sua titolarità, in virtù dei poteri generali di revoca (art. 21 – *quinquies*, l. n. 241/1990).

I limiti al principio di affidamento enucleati dalla Corte, tuttavia, non possono essere acriticamente estesi a un diverso rapporto – quale è quello corrente con le imprese fornitrici del S.S.N. - che trova la sua regolamentazione non già in una concessione, bensì in un contratto privatistico.

Per definizione, infatti, il contratto non è formato unilateralmente dall'Amministrazione ed esso ha, altrettanto per definizione, “forza di legge dalle parti” (1372 cod. civ.), con la conseguenza che a nessuna di esse è dato il potere imperativo e unilaterale di farlo venire meno o di modificarne i termini.

La stabilità di un rapporto contrattuale suscitato su base volontaristica e paritaria tra la pubblica Amministrazione e il cittadino è dunque un valore che merita assai maggiore tutela di quella riferibile a un rapporto concessorio, che invece è fondato su una base unilaterale e revocabile, cosicché anche al legislatore deve risultare preclusa la possibilità d'intervenire alterandolo e in modo da consentire all'Amministrazione di chiedere la sostanziale restituzione di parte del corrispettivo reso a fronte di prestazioni adempiute, non contestate e di cui la stessa Amministrazione ha già pienamente goduto.

7) Violazione di legge dei provvedimenti impugnati, per violazione dell'art. 9, comma 8, d.l. n. 78/2015. In subordine: violazione della norma di risulta derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 9 -ter, comma 8, comma 9, e comma 9 - bis del d.l. n. 78/2015 in relazione all'art. 117 Cost. e, per conseguenza, in relazione all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

La violazione dell'art. 41 della Carta fondamentale sussiste, peraltro, anche alla luce di un ulteriore profilo.

Secondo detta disposizione, invero, *“ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate (...) entro un termine ragionevole dalle istituzioni”*.

Benché l'art. 9 - ter, comma 8, stabilisse, nella sua formulazione originaria, che la dichiarazione del superamento del tetto di spesa regionale dovesse avvenire entro la data del 30 settembre dell'anno successivo a quello di riferimento e benché, a far data dalla riforma portata allo stesso art. 9 - ter dalla legge n. 145/2018, detto termine fosse fissato per l'anno 2018 al 31 luglio 2020 e per gli anni successivi al 30 aprile dell'anno successivo all'anno di riferimento, in **realtà il termine in concreto non è stato rispettato**, come dimostra il fatto che solo con il decreto ministeriale 6 luglio 2022, in questa sede impugnato, è stato dichiarato il superamento del tetto di spesa per gli anni dal 2015 al 2018.

A causa della violazione di tale termine si solleva qui autonoma ragione di illegittimità e specifico motivo d'impugnazione da intendersi autonomamente capitolato a riguardo del medesimo decreto ministeriale 6 luglio 2022, con conseguente **consumazione del potere** di intervenire sulla materia e con

conseguente illegittimità derivata dei provvedimenti, qui pure contestati, che sono stati sulla sua scorta emanati.

Per l'eventualità in cui, tuttavia, si ritenesse puramente ordinatorio il medesimo termine e tale, in ogni caso, da non cagionare l'esaurimento del potere, si deduce a questo punto la contrarietà del suddetto art. 9 *-ter*, comma 8, all'art. 41 della Carta fondamentale, nella parte in cui esso non ha fissato un termine perentorio e ragionevole per la conclusione del procedimento di accollo degli oneri di ripiano sulle ditte fornitrici, tanto più perché esso incide e trae spunto da rapporti di fornitura ormai consolidatisi ed esauriti.

Da qui la necessità di sollevare anche a tal riguardo q.l.c. per il tramite della violazione dell'art. 117 Cost., salvo che il Tribunale non intenda sollevare, in merito, questione interpretativa davanti alla CGUE.

I medesimi rilievi di illegittimità costituzionale, peraltro, investono anche il comma 9 *-bis*, inserito nell'art. 9 *-ter*, dall'art. 18, d.l. 9 agosto 2022, n. 115, secondo il quale: *“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”.

Ove si reputasse, infatti, che la riforma introdotta con il d.l. n. 115/2022 abbia riaperto i termini per far valere il *payback* relativo agli anni 2015-2018, a maggior ragione si dovrebbe considerare eluso e perciò violato l'art. 41 della Carta fondamentale, giacché si consentirebbe di tornare a sottoporre alla disciplina della pubblica Amministrazione rapporti ormai definiti ed esauriti da un notevolissimo spazio di tempo.

8) Violazione di legge dei provvedimenti impugnati, per violazione della norma di risulta derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 9 -ter, comma 8, comma 9, e comma 9 - bis del d.l. n. 78/2015 in relazione all'art. 117 Cost. e, per conseguenza, in relazione all'art. 1 del primo protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'istituto del *payback*, come recepito dall'art. 9 - *ter*, d.l. n. 78/2015, si dimostra, infine, contrario ad altra disciplina sovranazionale e, particolarmente, all'art. 1 del primo protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, nella parte in cui esso stabilisce che **“ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni”**.

Già si è detto – e dimostrato – che l'obbligo di ripiano, di cui sono gravate le imprese fornitrici del S.S.N., si risolve in una sostanziale ripetizione di parte dei corrispettivi, a suo tempo, giù liquidati, cosicché il *payback* esprime una sorta di misura ablatoria avente ad oggetto situazioni patrimoniali già consolidate in capo alle imprese.

D'altro canto, è noto che, secondo la giurisprudenza della Corte Edu ((AnheuserBusch Inc. c. Portogallo [GC], § 63; Öneriyıldız c. Turchia [GC], § 124; Broniowski c. Polonia[GC], § 129; Beyeler c. Italia [GC], § 100; Iatridis c. Grecia [GC], § 54; Centro Europa 7 S.R.L. e di Stefano c. Italia [GC], § 171; Fabris c. Francia [GC], §§ 49 e 51; Parrillo c. Italia [GC], § 211; Béláné Nagy c. Ungheria [GC], § 76), l'art. 1 del primo protocollo della Convenzione Edu non si limita a proteggere il solo diritto di proprietà, ma tutela un **qualsiasi diritto patrimoniale**, nel che, inevitabilmente, deve

essere fatto rientrare anche il diritto alla conservazione integrale dei corrispettivi già percepiti dalle imprese fornitrici del S.S.N.

Sussistono, peraltro, anche tutte le altre condizioni affinché il diritto al mantenimento integrale dei corrispettivi sia protetto dall'art. 1 del primo protocollo.

In primo luogo, esso è un diritto "esistente" e non condizionato né esso si riduce a una mera aspettativa (Pressos Companhia Naviera S.A. e altri c. Belgio, § 31; J.A. Pye (Oxford) Ltd e J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Regno Unito [GC], § 61; Von Maltzan e altri c. Germania (dec.) [GC], § 74 (c); Kopecký c. Slovacchia [GC], § 35). In effetti, con i provvedimenti qui contestati, si intendono ripetere somme relative a compensi già liquidati e incassati almeno a far data dal 2018.

L'ingerenza sull'integrità dei corrispettivi di fornitura operata dall'art. 9 - *ter*, d.l. n. 78/2015, inoltre, non può definirsi né razionale (perché colpisce soggetti solo occasionalmente in contatto con gli enti pubblici, quali sono i fornitori; perché non sussiste alcun legame causale tra il superamento del tetto di spesa e la pretesa rivolta verso i fornitori), né proporzionata (perché trasferisce sui medesimi fornitori il 50% dell'eccesso di spesa sostenuto dalle Amministrazioni sanitarie).

Infine, poiché la pretesa dell'Amministrazione si traduce in una richiesta pecuniaria, non è neppure congetturabile, a ristoro del sacrificio richiesto, alcuna forma di indennità.

Anche alla luce di queste considerazioni vorrà pertanto il Tribunale sollevare q.l.c. a fronte dei parametri indicati nel presente motivo di impugnazione.

B) Violazione art. 9 – ter, comma 8 e comma 1, lett. b) del d.l. n. 78/2015 nella modalità di definizione del tetto di spesa regionale per l’acquisto di dispositivi medici

In base al combinato disposto dell’art. 9 – ter, comma 8 e comma 1, lett. b) del d.l. n. 78/2015 la definizione del tetto di spesa regionale deve essere coerente con la “*composizione pubblico-privata dell’offerta*”.

Con l’accordo n. 181/CSR del 7 novembre 2019 la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano ha, tuttavia, stabilito un criterio di definizione del tetto di spesa regionale parametrato ai fabbisogni sanitari regionali standard ed al finanziamento per quote vincolate o obiettivi di piano (art. 2, lett. b e c), ignorando qualsivoglia profilo di coerenza con la composizione pubblico-privata dell’offerta regionale.

Prova ne sia che nelle premesse del succitato accordo si dà atto che le Regioni e le Province autonome “*hanno espresso parere favorevole -...- con la raccomandazione di valutare quanto previsto dall’art. 9 co. 1 lett. b del Decreto-legge n. 78 del 19 giugno 2015, relativamente alla composizione pubblico-privata dell’offerta in ciascuna Regione*”. Tale raccomandazione evidenzia che la previsione normativa che imponeva la coerenza con la composizione pubblico-privata dell’offerta regionale non è stata recepita nei criteri di determinazione del tetto di spesa, ed è stata ridotta ad una mera indicazione programmatica in premessa, di fatto inattuabile, in evidente contrasto con il dettato normativo.

Se, infatti, è l’accordo n. 181/2019 a stabilire i criteri di determinazione del tetto di spesa, non residuano ambiti di recepimento della raccomandazione.

Non a caso il D.M. del 7 luglio 2022, attenendosi ai criteri prestabiliti di determinazione del tetto di spesa, è pervenuto alla relativa determinazione senza alcuna considerazione dei profili di coerenza con la composizione pubblico-privata dell'offerta regionale. Anch'esso, pertanto, si rivela illegittimo per violazione dell'art. 9 – ter, comma 1, lett b) e comma 8 del d.l. n. 78/2015.

C) Violazione art. 9 – ter, comma 1, lett. b) del d.l. n. 78/2015 – Tardiva definizione dei tetti di spesa

In base all'art. 9 – ter, comma 1, lett. b) del d.l. n. 78/2015 il tetto di spesa regionale doveva essere fissato: *“con accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, da adottare **entro il 15 settembre 2015 e da aggiornare con cadenza biennale**”*.

Tale accordo è stato definito **solo il 7 novembre 2019**.

La frontale violazione del dettato normativo oltre a declinare, anche per questo profilo, l'illegittimità dell'accordo n. 181 del 7 novembre 2019 si è tradotta in un pregiudizio sostanziale per le imprese assoggettate al meccanismo del payback.

Non disporre di un parametro, nemmeno indicativo, di determinazione del tetto di spesa ha comportato l'impossibilità di configurare nemmeno indicativamente il rischio di possibile sforamento del tetto, e delle relative conseguenze.

Sul punto le stesse pronunce giurisprudenziali che hanno fatta salva l'applicazione del payback in ambito di spesa farmaceutica, hanno evidenziato l'indefettibile esigenza di assicurare alle aziende coinvolte la possibilità *“di 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” (T.A.R. Lazio, Sez. III quater , 29 aprile 2015, n. 6173). Nel caso in esame le imprese interessate non disponevano di alcuna di queste informazioni.

D) Violazione di legge per il contrasto delle disposizioni di cui all’art. 17, comma 1, lett. c) del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, all’art. 1, comma 131, lettera b), e comma 132 della legge 24 dicembre 2012, n. 228, all’art. 15, comma 13, lett. a), b), f), del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, all’art. 9-ter, commi 1, lett. b), 8, 9 e 9-bis, del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, con i principi generali di cui alla Direttiva 2014/24/UE e, in particolare, con quelli affermati al suo art. 72.

Le disposizioni di legge relative al meccanismo del payback – e, conseguentemente, i provvedimenti amministrativi che ne hanno dato attuazione - si pongono in violazione dei principi comunitari di cui alla Direttiva 2014/24/UE, la quale ha disposto la tendenziale immodificabilità (peraltro concepita essenzialmente con per eventuali sopravvenuti incrementi – e non decrementi – dei corrispettivi) dei contratti d’appalto aggiudicati dalle pubbliche amministrazioni, salvo specifiche eccezioni alle quali non può essere ricondotto il meccanismo del payback (artt. 72).

Il sistema del payback, tuttavia, comporta una del tutto illegittima modificazione ex post del prezzo di aggiudicazione di appalti pubblici di fornitura già esauriti o ancora in essere, tanto più che il suo impatto è di un’entità conosciuta solo in un momento successivo a quello di sottoscrizione del contratto.

Vorrà, pertanto, il Collegio disapplicare la normativa nazionale in materia, con conseguente illegittimità dei provvedimenti sulla sua base assunti, salvo che lo stesso Collegio non intenda sollevare sul punto questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia.

Sull'istanza cautelare

Si ritiene di avere pienamente dimostrato, con l'esposizione dei motivi d'impugnazione, la sussistenza del *fumus boni iuris* a sostegno del ricorso e della presente istanza cautelare.

Quanto al *periculum in mora* esso è collegato alla necessità di dovere anticipare il pagamento di una non indifferente somma di denaro a titolo di *payback*, che difficilmente riuscirebbe a essere ripetuta in caso di accoglimento del ricorso nel merito.

Consapevoli che, sulla scorta del d.l. 11 gennaio 2023, n. 4 (attualmente in fase di sua eventuale conversione), il termine di pagamento è stato differito al 30 aprile 2023, il danno patito dalla ricorrente in via interinale giustifica pienamente il rilascio della misura cautelare prevista dall'art. 55, comma 10, c.p.a., cosicché ci si limita a chiedere, in tal senso, **una sollecita fissazione dell'udienza di merito.**

Nell'accogliere la presente domanda cautelare, si confida, pertanto, che il Tribunale voglia riunire il presente ricorso, *ex art. 70 c.p.a.*, agli eventuali altri giudizi analoghi per i quali sia stata fissata l'udienza di merito, salva l'autonomia della presente istanza cautelare, per il caso in cui una tale udienza *generale* non sia stata fissata.

P.T.M.

Voglia il Tribunale annullare i provvedimenti in epigrafe indicati e, preliminarmente, accogliere l'istanza cautelare formulata *ex art. 55, comma 10, c.p.a.*

Il ricorso sconta un contributo unificato pari a euro 650,00.

Con vittoria di spese e di onorari di giudizio.

Padova- Roma, nella data della notificazione.

avv. prof. Francesco Volpe

avv. Paolo Brugnera
avv. Gaetano Alfarano
avv. Lucia Girolami