



T.A.R. Lazio – Sezione III quater

II^ Motivi aggiunti al Ricorso n. 13367/2022 a valere come ricorso autonomo

Per Euroclone S.p.a. (C.F. 08126390155), con sede in 20142 Milano MI, Via Spezia, 1, in persona dell'Amministratore Delegato, legale rappresentante pro tempore, Dott. Ferdinando Mietta (C.F. MTTFDN54T17F205S), rappresentata e difesa, in via tra loro disgiunta, giusta delega allegata al presente atto (**doc 1**), dagli Avvocati Maria Beatrice Zammit (C.F. ZMMMBT68A62H501J – pec mariabeatricezammit@ordineavvocatiroma.org), Maria Dominique Feola (C.F. FLEMDM67M59F205X – pec mariadominique.feola@milano.pecavvocati.it) e Mariapaola Locco (C.F. LCCMPL74C42D086V – pec mariapaola.locco@cert.ordineavvocatimilano.it) con le quali sono elettivamente domiciliati presso il seguente domicilio digitale di Posta Elettronica Certificata “ReGIndE” dell’Avv. Zammit: mariabeatricezammit@ordineavvocatiroma.org, su cui i suddetti difensori chiedono che siano trasmesse tutte le notificazioni e/o comunicazioni relative al presente giudizio;

contro la Regione Emilia Romagna (C.F. 80062590379), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante *pro tempore*, il Ministero della Salute (C.F. 80242250589), in persona del Ministro *pro tempore* e il Ministero dell’Economia e delle Finanze (C.F. 80415740580), in persona del Ministro *pro tempore*; **nonché contro** la Conferenza Permanente per i Rapporti Tra Lo Stato, Le Regioni e Le Province Autonome di Trento e Bolzano e la Conferenza delle Regioni e Province Autonome, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*;

e nei confronti della Regione Abruzzo (C.F.80003170661), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Regione Basilicata (C.F. 80002950766), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Regione Calabria (C.F. 02205340793), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Regione Campania (C.F. 80011990639), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia (C.F. 80014930327), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Regione Lazio (C.F. 80143490581), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Regione Liguria (C.F. 00849050109), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Regione Lombardia (C.F.

80050050154), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Regione Marche (C.F. 80008630420), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Regione Molise (C.F. 00169440708), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Regione Piemonte (C.F. 80087670016), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Provincia Autonoma di Bolzano (C.F. 00390090215), in persona del Presidente e legale rappresentante p.t.; della Provincia Autonoma di Trento (C.F. 00337460224), in persona del Presidente e legale rappresentante p.t.; della Regione Puglia (C.F. 80017210727), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Regione Autonoma della Sardegna (C.F. 80002870923), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante *pro tempore*; della Regione Autonoma Siciliana (C.F. 80012000826), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; dell'Assessorato alla Salute della Regione Siciliana (C.F. 80012000826), in persona dell'Assessore e legale rappresentante p.t.; della Regione Toscana (C.F. 01386030488), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Regione Umbria (C.F. 80000130544), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Regione Autonoma Valle D'Aosta (C.F. 80002270074), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.; della Regione Veneto (C.F. 80007580279), in persona del Presidente della Giunta e legale rappresentante p.t.;

per l'annullamento – di: (i) la **determinazione dirigenziale n. 25860 del 27.11.2024 (doc 2)** a firma del Direttore della Direzione Generale Cura della Persona, Salute e Welfare della **Regione Emilia-Romagna**, comunicata via pec alla ricorrente il 24 gennaio 2024 con nota Prot. 24/01/2025.0073840.U (**doc 3**), e recante, all'Allegato 1, gli importi asseritamente dovuti dalla ricorrente ad enti e aziende del Servizio sanitario regionale ai fini del ripiano per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, **per una somma complessiva di Euro 85.935,14** (*ottantacinquemilanovecentotrentacinque,14 euro*), da versare entro 30 (*trenta*) giorni dalla comunicazione della determina medesima, termine poi prorogato al 31 dicembre 2025; (ii) la Deliberazione della G.R. 3 febbraio 2025 n. 160 (**doc 4**) avente per oggetto “*DIFFERIMENTO DEI TERMINI DI PAGAMENTO INTIMATI DELLE QUOTE DI RIPIANO DOVUTE DALLE AZIENDE FORNITRICI DI DISPOSITIVI MEDICI PER GLI ANNI 2015, 2016, 2017 E 2018 AI SENSI DEL COMMA 9-BIS DELL'ART. 9-TER DEL DECRETO-LEGGE 19 GIUGNO 2015, N.*

78, *CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA LEGGE 6 AGOSTO 2015, N.125*"; (iii) le determinazioni richiamate nelle premesse della D.D. qui gravata, non comunicate alla ricorrente, tra cui: 1. determinazione 29 dicembre 2023 n. 27391 di *"Ricognizione e aggiornamento accertamento e impegno ripiano per il superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici anni 2015-2018"*; 2. determinazioni 30 gennaio 2024 n. 1725, 18 marzo 2024 n. 5585, n. 5586, n.5587, n.5588, n.5590, n.5591, n. 5592, n. 5593, n. 5594, n. 5595, n.5596, n.5597, n.5598, n. 5599, n. 5600, n. 5601, n.5602, n. 5603, n. 5604, n.5605, n. 5606, n. 5607, n. 5608, n. 5609, e 21 marzo 2024 n. 5876, n. 5877, n. 5878, n. 5879, n. 5880, con le quali si è provveduto ad accertare l'insussistenza delle quote di ripiano dovute da alcune aziende fornitrici di dispositivi medici a seguito degli approfondimenti e delle verifiche effettuate dalle Aziende sanitarie della Regione, sulla base di specifiche segnalazioni pervenute alla Direzione Generale Cura della Persona, Salute e Welfare; 3. determinazioni 20 novembre 2024 n.25037, n. 25038, n. 25039, n. 25040, n. 25041, n. 25042 con le quali si è provveduto a rideterminare il ripiano dovuto da alcune aziende fornitrici di dispositivi medici a seguito degli approfondimenti e delle verifiche effettuate dalle Aziende sanitarie della Regione; **nonché per l'annullamento** degli atti già impugnati con il ricorso introduttivo e con i successivi primi motivi aggiunti del 27 dicembre 2022, e cioè: (i) Determinazione dirigenziale n. 24300 del 12 dicembre 2022 *"Individuazione delle aziende fornitrici di dispositivi medici e delle relative quote di ripiano dovute dalle medesime alla Regione Emilia-Romagna per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 ai sensi del comma 9-bis dell'art. 9-ter del Decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla Legge 6 agosto 2015, n. 125"* (**Doc. 2, I^ motivi aggiunti**), pubblicata il 13 dicembre 2022 e comunicata via pec in pari data alla ricorrente con nota Prot.13/12/2022.1226260.U (**Doc. 3, I^ motivi aggiunti**,), avente per oggetto "Pay-back dispositivi medici – anni 2015-2018" e recante, all'Allegato 1 (**Doc. 4, I^ motivi aggiunti**), gli importi asseritamente dovuti dalla ricorrente ad enti e aziende del Servizio sanitario regionale ai fini del ripiano per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, per una somma complessiva di € 179.031,54 (*centosettantanovezerotrentuno/54euro*) da versare *"entro e non oltre il giorno 12 gennaio 2023"*; (ii) le deliberazioni aziendali richiamate nella premessa della predetta Determina regionale 24300/2022 (n. 284 del 06/09/2019 dell'Azienda Usl di Piacenza; n. 667 del 05/09/2019 dell'Azienda Usl di Parma; n. 334 del

20/09/2019 dell'Azienda Usl di Reggio Emilia; n. 267 del 06/09/2019 dell'Azienda Usl di Modena; n. 325 del 04/09/2019 dell'Azienda Usl di Bologna; n. 189 del 06/09/2019 dell'Azienda Usl di Imola; n. 183 del 06/09/2019 dell'Azienda Usl di Ferrara; n. 295 del 18/09/2019 dell'Azienda Usl della Romagna; n. 969 del 03/09/2019 dell'Azienda Ospedaliera di Parma; n. 333 del 19/09/2019 dell'Azienda Ospedaliera di Reggio Emilia; n. 137 del 05/09/2019 dell'Azienda Ospedaliera di Modena; n. 212 del 04/09/2019 dell'Azienda Ospedaliera di Bologna; n. 202 del 05/09/2019 dell'Azienda Ospedaliera di Ferrara; n. 260 del 06/09/2019 dell'Istituto Ortopedico Rizzoli), di contenuto non noto alla ricorrente; (iii) il Decreto del Ministero della Salute, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, emanato il 6 luglio 2022, pubblicato in GURI il 15 settembre 2022, avente per oggetto “*Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018*” (**doc 2 fascicolo ricorso introduttivo**); (iv) il Decreto del Ministro della Salute emanato il 6 ottobre 2022, pubblicato in GURI il 26 ottobre 2022, avente per oggetto “*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 e 2018*” (**doc 3 fascicolo ricorso introduttivo**); (v) la circolare del Ministero della salute del 29 luglio 2019 prot. n. 22413, che ha previsto una ricognizione da parte degli enti del SSN della ripartizione del fatturato relativo ai dispositivi medici tra i singoli fornitori debitamente riconciliato con i valori contabilizzati nel modello CE di ciascun anno 2015-2018 (**doc 4 fascicolo ricorso introduttivo**); (vi) l’Accordo 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, che individua i criteri di definizione del tetto di spesa regionale per l’acquisto di dispositivi medici e le modalità procedurali di individuazione del superamento dei tetti di spesa regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 (**doc 5 fascicolo ricorso introduttivo**); (vii) l’intesa raggiunta, rispettivamente, dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome il 14 settembre 2022 (**doc 6 fascicolo ricorso introduttivo**) e dalla Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, nella seduta del 28 settembre 2022 (V. Rep. Atti n. 213/CSR del 28 settembre 2022 – **doc 7 fascicolo ricorso introduttivo**), sullo schema di decreto ministeriale per l’adozione delle

linee guida propedeutiche all’emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in applicazione dell’art. 18, comma 1 del d.l. 9 agosto 2022

n. 115.

*** **

PREMESSA

1. Con ricorso giurisdizionale notificato l’11 novembre 2022, la Società Euroclone S.p.a. (di seguito, “SOCIETÀ”) ha impugnato il Decreto ministeriale del 6 luglio 2022, richiamato in epigrafe, avente per oggetto “Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018”, unitamente agli atti e provvedimenti ad esso connessi, presupposti e conseguenti.

Come illustrato nel ricorso introduttivo, si tratta del primo provvedimento attuativo del cd. *payback* sui dispositivi medici (di seguito, “DM”), meccanismo che consiste nel porre a carico delle aziende fornitrici di tali dispositivi una parte della spesa pubblica sanitaria.

2. Successivamente all’iscrizione a ruolo del ricorso, avvenuta in data 11 novembre 2022, la Regione Emilia Romagna (di seguito, “REGIONE”), senza avere dato alcun avviso di avvio del procedimento, con pec del 13 dicembre 2022 comunicava alla SOCIETÀ la pubblicazione della determina dirigenziale n. 24300 del 12 dicembre 2022, nel cui Allegato 1 venivano indicati gli importi asseritamente dovuti dalla ricorrente ad enti e aziende del Servizio sanitario regionale ai fini del ripiano per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, per una somma complessiva di € 179.031,54, da versare “entro e non oltre il giorno 12 gennaio 2023” (termine, poi, prorogato *ex lege* fino al 31 dicembre 2023).

3. Tale provvedimento formava oggetto di impugnativa tramite il primo atto per motivi aggiunti, notificato il 23 dicembre 2022 e depositato il successivo 4 gennaio 2023, con cui se ne eccepiva la illegittimità sia per vizi propri sia, in via derivata, per i motivi dedotti nel ricorso introduttivo avverso i provvedimenti ministeriali.

4. Nelle more del giudizio, veniva emanato il D.L. 30 marzo 2023 n. 34 (convertito in legge 26 maggio 2023 n. 56), che prevedeva la possibilità per le Aziende del settore di rinunciare ai contenziosi pendenti a fronte di uno “sconto” del 52% sul *payback*.

La ricorrente non aderiva a tale meccanismo e, approssimandosi la scadenza dei termini di

pagamento, chiedeva ed otteneva da Codesto Ill.mo Tribunale la sospensione di tutti i provvedimenti ministeriali e regionali impugnati (cfr. ordinanza della Sezione III quater n. 5489/2023, in data 6 settembre 2023, passata in giudicato).

5. Successivamente, la stessa Sezione III quater del TAR Lazio, in esito all'udienza "pilota" del 24 ottobre 2023, riteneva rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della normativa sul *payback* e disponeva, nel contempo, l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

6. Quest'ultima si è pronunciata sul tema con due distinte sentenze, la n. 139/2024 e la n. 140/2024, pubblicate entrambe il 22 luglio 2024.

Con la prima, n. 139/2024 - resa sul ricorso proposto dalla Regione Campania, avente per oggetto la legittimità costituzionale dell'art. 8, commi 1, 2, 3 e 6, del decreto-legge 30 marzo 2023, n. 34 - la Corte ha dichiarato incostituzionale la riduzione del *payback* riservata solo a coloro che hanno rinunciato ai ricorsi ed ha affermato che *"tale riduzione è dunque riconosciuta in termini generali e non è subordinata alla scelta della definizione bonaria del contenzioso e alla presentazione di apposita istanza di avvalersi di tale modalità agevolata, con conseguente caducazione delle procedure e dei termini individuati dal medesimo art. 8, comma 3, del d.l. n. 34 del 2023"*.

Con la seconda, n. 140/2024 - resa sui ricorsi riuniti proposti da alcune aziende del settore, aventi per oggetto la legittimità costituzionale dell'art. 9-ter del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78 - la stessa Corte, riallacciandosi alla precedente, ha escluso la irragionevolezza e la sproporzionalità del *"meccanismo in esame, per come operante nel circoscritto periodo di cui al comma 9-bis"* in considerazione della estensione della riduzione al 48% a tutte le aziende del settore (indipendentemente dalla rinuncia al contenzioso), disposta con la sentenza predetta, trattandosi di una *"riduzione significativa, che rende l'onere a carico delle imprese, limitatamente al suddetto periodo, non sproporzionato"*.

A valle di detta sentenza, Codesto TAR ha poi fissato per il 25 febbraio 2025 un'ulteriore "udienza pilota" per la trattazione dei ricorsi.

7. In tale contesto si inserisce il provvedimento da ultimo adottato dalla Regione Emilia Romagna (di seguito, anche "RER"), la quale, senza attendere l'esito della nuova udienza

giudizio ed in assenza delle indicazioni, di competenza del Governo centrale, circa le modalità e le tempistiche per dare attuazione alla citata sentenza n. 139/2024, ha rideterminato, in pretesa ottemperanza di detta pronuncia, le quote di ripiano asseritamente dovute dalle aziende del settore per le annualità 2015-2018.

In forza della nuova determina regionale, l'importo a carico della ricorrente è stato ricalcolato in **Euro 85.935,14** (*ottantacinquemilanovecentotrentacinque,14 euro*), da versare entro 30 giorni dalla comunicazione della determina medesima, termine poi prorogato al 31 dicembre 2025 con la successiva Deliberazione della G.R. 3 febbraio 2025 n. 160.

8. I provvedimenti regionali da ultimo adottati sono viziati, **in via derivata**, in ragione dell'illegittimità dei presupposti decreti ministeriali in forza dei quali sono stati adottati e di cui costituiscono immediata applicazione, a cominciare dai plurimi profili di incostituzionalità e irragionevolezza della disciplina del *payback*, vizi su cui si insiste in ragione degli effetti giuridici delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale e dalla retroattività di siffatti provvedimenti.

A tali censure – che si trascrivono in apposita successiva sezione – si aggiungono ulteriori gravi vizi che affliggono i provvedimenti *de quibus* **in via autonoma**, per essere stati adottati in carenza di potere, in violazione e/o elusione del giudicato cautelare, in ulteriore spregio ai basilari precetti di trasparenza dell'azione amministrativa, frustrando le prerogative partecipative e difensive della ricorrente, nonché in evidente travisamento dei presupposti, a valle di una istruttoria che continua a connotarsi come lacunosa e carente e che ha condotto a risultati erranei.

*** **

DIRITTO

SEZIONE PRIMA. VIZI AUTONOMI DEI NUOVI PROVVEDIMENTI REGIONALI.

I - Incompetenza. Violazione delle sentenze della Corte costituzionale n. 139 e n. 140 del 2024. Elusione del giudicato cautelare di cui all'ordinanza del TAR Lazio Roma- Sez. III[^] quater n. 5489/2023. Violazione dell'art. 112, comma 1, lett. b), del Codice del Processo Amministrativo e dei principi costituzionali ed euro-unitari sulla effettività della tutela giurisdizionale. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta e irragionevolezza dell'azione amministrativa, disparità di trattamento, sviamento.

Violazione del principio di proporzionalità.

La RER – allo stato, peraltro, unica Regione ad aver agito in tal senso – ha emesso i provvedimenti oggetto del presente ricorso, affermando di farlo in applicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 139/2024. Tuttavia, tale decisione, dichiarando incostituzionale l'art. 8, comma 3, del decreto-legge 30 marzo 2023, n. 34, non si è limitata a estendere a tutte le aziende fornitrici di dispositivi medici, indipendentemente dalla rinuncia ai ricorsi, la possibilità di beneficiare della riduzione del ripiano al 48%, ma ha anche sancito **la cancellazione delle procedure e delle scadenze** previste dal medesimo articolo. Questo ha generato un vuoto normativo che spetta al Governo colmare.

Nonostante ciò, la Regione ha adottato nuovi atti amministrativi – come già detto, in asserita esecuzione della pronuncia della Corte Costituzionale – stabilendo arbitrariamente un termine di pagamento che l'attuale formulazione dell'art. 9-ter, d.l. 78/2015, non prevede e che deve essere fissato, anche **per ovvie ragioni di uniformità sul territorio nazionale**, in sede centrale

Così operando, la RER ha emesso provvedimenti che risultano non solo affetti da incompetenza, per l'impropria invasione della sfera statale, ma, altresì, violativi ed elusivi delle statuizioni rese dall'Ecc.mo TAR con l'ordinanza cautelare n. 5489/2023 nell'ambito del presente giudizio.

In particolare, l'ordinanza cautelare ottenuta dall'odierna ricorrente (e rimasta inoppugnata), disponendo la sospensione (anche) dei provvedimenti ministeriali a monte, oltre che della precedente determina regionale, impediva – per il principio di effettività della tutela giurisdizionale – l'adozione di nuovi provvedimenti in materia, fino alla decisione di merito sul ricorso.

Il comportamento regionale, chiaramente contrario al *dictum* cautelare, oltre che violare il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, sancito dall'art. 111 della Costituzione e dall'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, si pone in aperto contrasto anche con il principio di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione.

L'operato della RER si appalesa, altresì, affetto da eccesso di potere per sviamento, trattandosi dell'esercizio distorto della potestà amministrativa, oltre che illegittimo per difetto di motivazione e violazione del principio di proporzionalità, non avendo l'amministrazione

regionale chiarito la ragione effettiva per procedere con la richiesta di pagamento prima di un intervento normativo ed esponendo l'odierna ricorrente a una ulteriore iniziativa giurisdizionale che si sarebbe potuta e dovuta evitare.

I provvedimenti gravati devono essere, pertanto, dichiarati privi di effetto e/o annullati.

II -Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. e degli artt. 1, 3, 7, 8 e 10 l. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 9ter d.l. 78/2015. Violazione e falsa applicazione del D.M. 6.10.2022. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di motivazione, difetto di istruttoria, illogicità, irragionevolezza.

Gli atti impugnati sono, inoltre, illegittimi poiché assunti in violazione della normativa sulla trasparenza e delle regole del giusto procedimento di cui alla l. 241/1990, oltre che delle disposizioni contenute nell'art. 9-ter d.l. 78/2015 e nelle Linee guida operative emanate dal Ministero della Salute.

L'adozione di tali atti è avvenuta, peraltro, una volta ancora senza il rispetto delle garanzie procedurali e senza assicurare il diritto di partecipazione della ricorrente, in assenza di un'adeguata attività istruttoria.

La RER ha, altresì, reiterato le irregolarità già presenti nei provvedimenti precedenti, confermando il ripiano sulla base di un'istruttoria mai resa esplicita e nonostante le criticità sollevate in sede giurisdizionale da tutti i fornitori, ivi inclusa l'odierna ricorrente.

Più in particolare, gli atti adottati:

- a) risultano fondati su un'istruttoria priva di trasparenza, mai adeguatamente motivata, in violazione dell'art. 3 della legge 241/1990;
- b) non chiariscono le modalità di applicazione dell'art. 9-ter, d.l. 78/2015, né rispettano le indicazioni – pure tardive e, comunque, poco perspicue e lacunose – contenute nelle Linee guida ministeriali;
- c) sono stati emessi senza garantire il diritto al contraddittorio degli interessati, previsto dalla legge 241/1990;
- d) non rispettano i principi di legittimo affidamento e buona fede;
- e) contengono rettifiche rispetto ad errori neppure chiaramente identificati, con calcoli poco chiari e privi di motivazione, finendo per imputare alla ricorrente un fatturato che non è quello

effettivo.

La Regione ha, per quanto riguarda l'odierna esponente, di fatto confermato importi **calcolati in modo non trasparente e basati su dati incerti**, senza fornire alcuna spiegazione chiara sull'*iter* seguito, nonostante le motivate obiezioni della Società.

Tali carenze rendono evidente il vizio degli atti adottati, che devono pertanto essere dichiarati nulli o annullati.

III – Violazione (sotto altro profilo) dei principi del giusto procedimento amministrativo di cui alla L. 241/1990. Difetto di trasparenza e assenza di motivazione. Errori nel calcolo del ripiano e applicazione errata delle norme di riferimento.

La RER si è limitata a pubblicare **dati aggregati e informazioni generiche**, senza consentire alla ricorrente di verificare la correttezza degli importi assegnati.

In riscontro alle numerose istanze di accesso, la RER si è limitata ad inserire sul proprio sito istituzionale i documenti denominati “Riferimenti normativi” e “Metodologia di calcolo”, che recano una mera rassegna delle disposizioni normative vigenti in materia e del loro contenuto, i Modelli CE per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, il “*Riepilogo dei fatturati per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018 con importo payback dovuto per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018*” e il “*Riepilogo dei fatturati per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018 con dettaglio del fatturato per azienda sanitaria regionale*”, che espongono soltanto una serie di dati aggregati, nonché le delibere approvate dalle Aziende sanitarie regionali con le quali è stato individuato e certificato il fatturato relativo agli anni 2015-2016- 2017-2018 per singolo fornitore di dispositivi medici, che recano, ancora una volta, meri dati aggregati di fatturato.

Le somme richieste risultano, quindi, determinate sulla base di **dati non verificabili e privi di chiarezza**, includendo impropriamente beni che non sono dispositivi medici o IVD e componenti estranei alla fornitura di dispositivi medici, come servizi o altre prestazioni.

Le modalità di determinazione delle quote di ripiano sono, esse stesse, non esplicitate e ciò ha impedito e continua ad impedire alla ricorrente di comprendere come sia stato effettuato il calcolo della quota di *payback* di cui è gravata.

Non pare trascurabile che per l'annualità 2019 (quindi successiva a quelle oggetto di ripiano) siano state date a livello ministeriale indicazioni specifiche, ancorché non del tutto esaustive, per

il tramite della circolare ministeriale prot. n. 0007435 del 17.3.2020, ai fini dell'individuazione delle fatture rilevanti. Ciò, sull'evidente presupposto che non sia corretta l'operazione - di fatto attuata dalla RER - di **integrale recepimento** delle fatture emesse dai fornitori, imponendosi, di contro, una **approfondita verifica** di detto fatturato per epurarlo dalle voci di spesa non soggette al tetto.

La circostanza che per le annualità rilevanti nel presente giudizio non vi siano indicazioni ministeriali, avrebbe imposto un maggior livello di approfondimento da parte delle Regioni, tenute a calcolare la quota di ripiano posta a carico del singolo operatore solo sul fatturato relativo alla fornitura di "*dispositivi medici*", scomputando dal "fatturato complessivo" della Società: i) beni che non possono considerarsi DM e/o IVD; ii) la quota relativa ai servizi e/o alle prestazioni connesse alla fornitura e/o la quota relativa alla fornitura di dispositivi medici di utilità pluriennale.

Tuttavia, come già eccepito, per le annualità di cui si discute (2015-2018), l'operazione attuata dalla RER non è stata affatto chiarita e permangono evidenti criticità sui risultati a cui essa è pervenuta.

Si consideri che nel quadriennio 2015-2018 non vi era obbligo di fatturazione elettronica; le componenti di fornitura rimanevano indistinte da quelle del servizio; neppure era obbligatorio indicare il CND (pure necessario per la corretta identificazione della spesa), circostanze, queste, ovviamente non opponibili alle imprese.

Di tali peculiarità del sistema di fatturazione in allora vigente e di come esse siano state trattate non vi è traccia nei provvedimenti regionali, che hanno finito evidentemente con il considerare *tout court* l'intero fatturato prodotto dai singoli fornitori.

Il risultato è l'imputazione di oneri sproporzionati e ingiusti.

È, in particolare, gravemente iniquo un meccanismo per cui, a fronte della sostanziale incapacità delle amministrazioni di calcolare la quota di ripiano sulla base del solo fatturato che la legge indica come rilevante, vengono onerate le imprese di un **payback calcolato sul tutto**, ivi comprese le voci che, per legge, dovrebbero rimanere escluse.

Peraltro, è chiaro che l'errore di imputazione anche di solo una parte delle fatture si rifletta sul ripiano complessivo e, quindi, interessi tutte le aziende.

Da qui l'ineludibile necessità di rendere conoscibili le operazioni svolte per il computo del fatturato utile ai fini del procedimento che ci occupa.

Ed invece, **non sono stati nemmeno condivisi i dati riferibili alla posizione della singola azienda**, la quale si è vista, quindi, attribuire una quota di ripiano, peraltro di rilevante entità, senza avere possibilità di verificarne la correttezza, nella pretesa che essa debba solo procedere al pagamento per aver preso parte ed essersi aggiudicata le procedure indette dagli Enti del SSR.

Sussiste, quindi, un insanabile difetto istruttorio che vizia i provvedimenti gravati.

Peraltro, essi non sono solo illegittimi, ma altresì erronei già nella quantificazione certificata dal Ministero.

Lo stesso Ministero della Salute, con nota esplicativa del 5.8.2022, ha riconosciuto plurime discrasie tra gli importi rilevati nel modello CE e quelli del fatturato indicato dalle Regioni ai fini dell'applicazione degli oneri di ripiano: nella specie, diverse Regioni (inclusa la Regione Emilia-Romagna) sono incorse in errore nell'indicazione della spesa per *“dispositivi medici”*, includendovi importi addirittura *“non riconducibili a fornitori privati”* e che, per l'effetto, avrebbero dovuti essere esclusi dal conteggio.

La RER ha, tuttavia, ignorato la precitata nota, omettendo di correggere (almeno) le incongruenze ivi rilevate.

Ciò ulteriormente conferma l'illegittimità dei provvedimenti qui gravati.

Fermo quanto fin qui eccepito, senza voler invertire l'onere probatorio (posto che spetta alla P.A. dimostrare la correttezza dei dati assunti per determinare il fatturato della ricorrente e dei conseguenti oneri di ripiano), si contesta anche l'erroneità dell'importo di ripiano posto a carico della ricorrente.

Il presunto fatturato annuo indicato dagli Enti sanitari non corrisponde, invero, all'effettivo fatturato annuo della ricorrente per dispositivi medici e IVD, adeguatamente scomputato dell'IVA e della quota parte dei servizi.

Né, come detto, al fine di verificare i calcoli effettuati è certamente idonea la mera pubblicazione sul sito istituzionale della Regione dei documenti già citati, pubblicati in riscontro alle istanze di accesso presentate dalle aziende, tra cui la stessa ricorrente.

È necessario, infatti, che la Regione indichi **dettagliatamente** le fatture prese a riferimento e i

criteri utilizzati per effettuare i conteggi e, quindi, ad esempio, quali fatture ha considerato e quali voci di costo ha inserito nel calcolo.

Rimane, invece, ancora oggi del tutto oscuro e incomprensibile come siano stati svolti i calcoli e cosa sia stato considerato per addivenire al ripiano imposto alla ricorrente anche in esito alla revisione della quota di ripiano.

Si tratta di illegittimità che vizia in radice gli atti gravati che dovranno perciò essere annullati.

*** **

SEZIONE SECONDA. VIZI IN VIA DERIVATA

Gli atti impugnati con il presente ricorso risultano, peraltro, illegittimi oltre che per i vizi propri di cui si è detto nella precedente sezione, anche, in via derivata, per le illegittimità che inficiano i provvedimenti ministeriali impugnati con l'atto introduttivo del giudizio e la determina dirigenziale n. 24300/2022 gravata con i motivi aggiunti (atti che i recenti provvedimenti regionali espressamente richiamano come propri presupposti) che, di seguito, si trascrivono:

A. VIZI PROPRI DEI PROVVEDIMENTI MINISTERIALI E DELLA INTESA STATO-REGIONI- PPAA IMPUGNATI CON IL RICORSO INTRODUTTIVO

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 9-ter del d.l. 19 giugno 2015 n. 78, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015 n. 125, e s.m.i. Violazione degli artt. 23 e 53 Cost. Violazione dell'art. 41 Cost. Violazione dell'art. 97 Cost. e dei principi di efficienza e buon andamento, nonché del principio di doverosità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di istruttoria, irragionevolezza ed illogicità.

*I.1. Il Decreto Ministeriale del 6 luglio 2022 (pubblicato in GU del 15 settembre 2022) è illegittimo perché la certificazione del superamento del tetto di spesa per l'acquisto di DM relativo agli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, nonché della quota complessiva di ripiano posta a carico delle aziende fornitrici, è avvenuta **ben oltre il termine** previsto dalla normativa citata in epigrafe. E non si tratta di un ritardo di mesi (come era, ad esempio, avvenuto nel contiguo settore dei farmaci), ma di anni, tale per cui appaiono snaturati lo scopo e la funzione che avrebbe dovuto perseguire lo strumento di cui si discute.*

*Giova rammentare che l'art. 9-ter, c. 8, del d.l. n. 78/2015 – nel testo in vigore fino al 31 dicembre 2018, **espressamente applicato dal decreto di cui si discute** – prevedeva che, in*

*caso di sfioramento del tetto di spesa stabilito a livello nazionale e regionale, la certificazione del superamento dovesse intervenire, in via provvisoria, “entro il 30 settembre di ogni anno”, salvo “conguaglio da certificare entro il 30 settembre dell’anno successivo”. Risulta evidente, dunque, che, nel disegno normativo “originario”, **nel corso dell’anno oggetto di payback**, ci sarebbe stata una indicazione del possibile sfioramento, salva la verifica finale che avrebbe comportato la certificazione definitiva dello sfioramento l’anno successivo: sicché, per l’anno 2015, la certificazione “definitiva” si sarebbe dovuta avere entro il 30 settembre 2016, e così via fino all’ultima scadenza, quella relativa all’anno 2018, prevista il 30 settembre 2019.*

In un sistema così congegnato, la tempistica appare consustanziale allo scopo: solo l’osservanza di tali scadenze avrebbe consentito allo strumento di funzionare anche come misura di monitoraggio ex ante della spesa, per responsabilizzare gli attori coinvolti e preservare, contestualmente, le imprese, mettendole in grado di operare adeguati accantonamenti.

Si è scritto che, per anni, il meccanismo non ha funzionato. Solo con il Decreto Ministeriale 6 luglio 2022 è stato certificato lo sfondamento per le annualità 2015-2018.

*Una così ritardata determinazione dello sfioramento del tetto di spesa implica, però, che la misura abbia senz’altro perso la sua funzione di strumento di controllo della spesa, trasformandosi semplicemente in **un’imposizione retroattiva**, di carattere sostanzialmente fiscale, a carico delle aziende, **priva della necessaria copertura legislativa** (ex art. 23 Cost.) – si è scritto, in fatto, come esso non si giovi neppure della “copertura” del novellato c. 9-bis – e priva, altresì, del necessario collegamento con la capacità contributiva dei soggetti incisi (ex art. 53 Cost.).*

Né potrebbe obiettarsi che il termine previsto dalla norma in questione, in assenza di un’espressa indicazione della sua perentorietà, debba essere inteso come ordinatorio e meramente sollecitatorio: il carattere della perentorietà del termine può desumersi, anche in via interpretativa, tutte le volte che, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, lo stesso debba essere osservato (in termini generali, v. Cass. civ., 14624/2000).

È evidente, peraltro, che una misura che ha come scopo dichiarato quello della razionalizzazione della spesa in sanità, non possa essere sganciata da una tempistica che ne preservi la funzione di monitoraggio e controllo. Ed è quanto non avviene se lo sfondamento del tetto per una annualità viene accertato a distanza di 3 anni (come si è fatto per l’anno

2018) o, addirittura, di 7 anni (come si è fatto per l'anno 2015); a quel punto, viene meno anche il collegamento con le (contingenti) esigenze di bilancio che la misura dovrebbe essere destinata a ripianare.

Tanto più che la tempistica è fissata anche a presidio delle aziende fornitrici, cui devono essere forniti parametri di riferimento per operare gli accantonamenti, sicché essa non può essere nella disponibilità esclusiva dell'amministrazione.

La decisione del Ministero di attuare la misura a distanza di così tanti anni dalla sua introduzione nell'ordinamento appare, quindi, illegittima e chiaramente violativa sia del principio di efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione, sia del principio di doverosità dell'azione amministrativa, che impone alla PA di esercitare il potere attribuito dalla legge entro un termine ragionevole; sia, infine, sotto il profilo di eccesso di potere per illogicità ed ingiustizia manifesta, per non avere posto le aziende in condizione di fare una seria programmazione delle proprie attività future e di conoscere per tempo gli oneri cui sono tenute.

Ciò si traduce, all'evidenza, in una gravissima violazione della libertà di iniziativa economica, anch'essa costituzionalmente presidiata (art. 41 Cost.), oltre che dei principi generali del legittimo affidamento e della certezza dei rapporti economici, tenuto conto che la misura va ad incidere su contratti di fornitura risalenti nel tempo, per la gran parte già eseguiti, e sulla cui remuneratività le aziende avevano, all'epoca, fatto assegnamento.

Da qui, un primo profilo di illegittimità del decreto e dei provvedimenti ad esso presupposti e ivi richiamati (i.e. circolare del Ministero della salute 29 luglio 2019 prot. n. 22413 e Accordo 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), trattandosi di atti parimenti viziati da tardività, essendo stati assunti nel 2019 pur dovendo disciplinare adempimenti propedeutici e/o recare disposizioni, direttive e criteri atti a far emergere lo sfondamento del quadriennio 2015- 2018.

I.2. Quanto, poi, al già menzionato Accordo raggiunto in sede di Conferenza Permanente Rep. n. 181/CSR del 7 novembre 2019, esso è afflitto da un ulteriore profilo di illegittimità.

L'Accordo, infatti, disattende il disposto nazionale che dichiara di voler applicare (art. 9-ter co. 1 lett. b) non solo per la sua patente tardività (essendo intervenuto a definire i tetti di spesa regionale ben oltre il termine del 15 settembre 2015), ma anche perché, del tutto irragionevolmente e apoditticamente, **non modula - come avrebbe dovuto - i tetti di spesa**

regionali rapportandoli ai diversi fabbisogni delle singole Regioni, ma li fissa, per tutte, nella medesima, identica misura del 4,4 %, ricalcando il tetto nazionale. Così disponendo, non solo contravviene al mandato del legislatore nazionale – che ha richiesto espressamente di modulare i singoli tetti regionali al fine di garantire il rispetto degli stessi, con ciò evidentemente presupponendo che si dovessero differenziare i tetti - ma dimostra l'evidente eccesso di potere per irragionevolezza e difetto di istruttoria. È, infatti, ben noto che per effetto della migrazione sanitaria, alcune Regioni (ad esempio, Emilia-Romagna, Veneto, Puglia) sostengano più spesa per l'acquisto di DM rispetto ad altre, e non è casuale che oggi tali Regioni registrino un ampio sfondamento del tetto nelle cinque annualità considerate, mentre la Calabria - caratterizzata da un fenomeno di migrazione passiva definito addirittura "fuori controllo" - non faccia registrare sfondamenti.

Una istruttoria ponderata avrebbe condotto ad una fissazione differenziata dei tetti regionali, sicuramente più realistici di una misura unica ed indifferenziata che ricalca acriticamente la misura del tetto nazionale. La modulazione, ossequiosa del disposto normativo nazionale, sarebbe stata necessaria per (quanto meno) provare a raggiungere l'obiettivo dichiarato di pervenire a definire un tetto di spesa di cui fosse possibile il rispetto da parte di ciascuna Regione. Tenendo in debita considerazione il fenomeno migratorio e, fermo restando il limite nazionale, modulando i tetti delle diverse Regioni di modo da incrementare il tetto di quelle che tradizionalmente sono di approdo con contestuale riduzione di quelle che invece registrano pazienti in uscita, si sarebbero fortemente limitati gli sforamenti e grandemente ridimensionate, se non annullate, le compartecipazioni a carico dei fornitori privati.

II. Violazione dell'art. 1 legge 7.8.1990 n. 241 e del principio di trasparenza e leale collaborazione tra pubblico e privato. Violazione dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere per perplessità, difetto di trasparenza, difetto di istruttoria e di motivazione (art. 3 legge 241/1990).

Tornando al decreto del 6 luglio 2022, esso è, altresì, illegittimo perché si fonda su un procedimento di calcolo dello sforamento della spesa sanitaria per l'acquisto di DM svolto in palese violazione dei principi di trasparenza, collaborazione e buona fede cui deve essere improntata l'attività amministrativa.

Il Ministero, infatti, dopo anni di sostanziale silenzio, in cui il payback – come già detto – è rimasto inapplicato, ha provveduto a quantificare, in via assolutamente autonoma e apodittica, la spesa per l'acquisto dei DM negli anni dal 2015 al 2018 e i disavanzi registrati

dalle strutture pubbliche e a porre una quota sostanziale dello sfornamento a carico delle aziende fornitrici, senza consentire loro di controllare la correttezza del calcolo dello sfondamento del tetto e, a fortiori, se uno sfondamento ci sia stato o meno.

Può, in questo caso, valere quanto stabilito dalla giurisprudenza amministrativa sull'esercizio, con effetto *ex tunc*, del potere di programmazione per la fissazione di tetti di spesa nel regime dell'accreditamento sanitario: "La fissazione di tetti retroagenti, impone l'osservanza di un percorso istruttorio, ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l'equilibrato contemperamento degli interessi in rilievo (...) la considerazione dell'interesse dell'operatore a non patire oltre misura la lesione della propria sfera economica anche con riguardo alle prestazioni già erogate fa sì che la latitudine della discrezionalità che compete conosca un ridimensionamento tanto maggiore quanto maggiore sia il ritardo nella fissazione dei tetti" (*ex plurimis* Cons. Stato, Sez. III, 16 giugno 2021, n. 4652).

A fronte di una conduzione del procedimento palesemente violativa dei principi di trasparenza e leale collaborazione tra pubblico e privato, appare, quindi, evidente il vizio di fondo dell'operato del Ministero, costituito, per un verso, nell'essersi determinato in notevolissimo ritardo ad esercitare il potere di certificazione (quando esso aveva, evidentemente, perso il suo scopo tipico e la sua stessa copertura legislativa), nell'altro, per averlo fatto in difetto di un percorso istruttorio ispirato alla partecipazione dei soggetti incisi, pervenendo ad un esito che, come anticipato, difetta di chiarezza e verificabilità, lasciando i fornitori - su cui ricade l'obbligo di ripiano - all'oscuro di indicazioni sui dati di spesa utilizzati ai fini dell'accertamento del superamento che pure ad essi addossa.

A ciò si aggiunge la mancata indicazione delle ragioni di pubblico interesse che hanno indotto il Ministero ad adottare questo intervento così a distanza di tempo; ragioni che, proprio in considerazione della tardività dell'intervento, non possono certamente essere individuate in quelle a suo tempo poste a fondamento della misura (i.e. razionalizzazione *ex ante* della spesa e soddisfacimento di contingenti esigenze di bilancio) perché non più attuali.

III – Violazione e falsa applicazione dell'art. 9-ter, c. 9-bis del d.l. 19 giugno 2015 n. 78, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015 n. 125, e s.m.i. Violazione degli artt. 3, 7 e 10, legge 7.8.1990 n. 241. Violazione del principio di neutralità dell'imposta sul valore aggiunto sancito dalla direttiva 2006/112/CE e dal d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633. Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità e per difetto di istruttoria e di motivazione (art. 3 L.241/1990). Violazione dei principi di partecipazione procedimentale di cui alla L.

241/1990.

III.1. Un ulteriore motivo di illegittimità, in via autonoma, si configura con riferimento al Decreto del Ministero della Salute del 6 ottobre 2022, pubblicato il 26 ottobre successivo, avente per oggetto l'adozione delle Linee guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali, con i quali saranno definiti gli elenchi delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggette al ripiano per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017 e 2018. Ciò in applicazione dell'art. 9-ter, c. 9-bis del citato d.l. n. 78/2015, che prevede che “con decreto del Ministero della salute da adottarsi d'intesa con la Conferenza delle regioni e delle province autonome 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”.

In primis, si tratta di “Linee guida” palesemente inidonee ad assolvere la funzione cui sono preposte, e cioè fornire agli enti interessati indicazioni operative per la predisposizione degli elenchi delle aziende fornitrici di DM soggette al ripiano per gli anni di cui si discute.

*Il Ministero, infatti, nel descrivere le attività di competenza degli **“enti dei Servizi sanitari regionali e delle province autonome”**, si limita ad affermare che “ai fini della determinazione del fatturato di ciascuna azienda fornitrice, gli enti del Servizio sanitario regionale o provinciale procedono alla ricognizione delle fatture correlate ai costi iscritti alla voce “BA0210 – Dispositivi medici” del modello CE consuntivo dell'anno di riferimento del superamento del tetto di spesa regionale o provinciale per gli importi contabilizzati alla voce “BA0210”. Ciò senza specificare quali DM rientrino nella macro voce “BA0210” - e, quindi, quali categorie CND siano da imputare alla voce in questione - e senza indicare le modalità di suddivisione tra DM iscritti nelle voci CE (Conto economico), oggetto del tetto di spesa, e DM iscritti nelle voci di SP (Stato Patrimoniale), non soggetti al tetto di spesa, benché si tratti sovente di macchinari che costano milioni di euro e che, ove fossero acquistati da una società commerciale, sarebbero oggetto di un ammortamento annuale, che consentirebbe di annoverare anno per anno il costo del macchinario nella spesa della società.*

In tal modo, a tacer d'altro, vengono assoggettate alla misura del payback imprese che hanno margini di guadagno risicato, come i distributori piccoli e medi di soli DM, esonerando completamente quelle che, operando (anche) nell'ambito dei capital equipment, hanno tipicamente i profitti maggiori.

Le Linee guida non forniscono nemmeno indicazioni sulla pur complessa operazione di scorporo della componente beni (da valorizzare) rispetto a quella servizi (da escludere) pure da compiere.

Ciò è tanto più grave in quanto – come sopra evidenziato – i capitolati normalmente richiedono che la fornitura dei prodotti abbia luogo unitamente ad una serie di servizi (estensioni di garanzie oltre i termini di cui agli artt. 1490 e ss cod. civ., garanzie full risk, conti deposito, trasporto e consegna - sovente entro termini brevissimi dall'ordine - a carico del fornitore, corsi di formazione per il personale, assistenza nell'uso del prodotto da parte di tecnici specializzati, etc.) senza che i relativi costi – che le ditte fornitrici sopportano – siano valorizzati.

*Ma quel che appare più grave è la **palese illegittimità della regola impartita** alle Regioni (e alle Province Autonome) in merito all'**individuazione del fatturato annuo di ciascuna azienda fornitrice di DM**, che deve essere **calcolato “al lordo dell’IVA**, come somma degli importi delle fatture riferite ai dispositivi medici contabilizzati nel modello CE alla voce “BA0210 – Dispositivi medici” del modello CE consuntivo dell'anno di riferimento”.*

Si tratta di previsione manifestamente illegittima per violazione del principio di neutralità dell'IVA sancito dalla direttiva 2006/112/CE e dal d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, secondo cui tale imposta è a carico non del soggetto passivo imprenditoriale, ma del consumatore che, in questo caso, è rappresentato dagli Enti, regionali e provinciali, che acquistano i DM.

*Significativa è, sotto tale profilo, la normativa di cui all'art 35, c. 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 secondo cui il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, **al netto dell’IVA**, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice.*

Tale norma è, a ben vedere, un precipitato del principio di neutralità e ha lo scopo di far gravare l'onere dell'IVA non sull'operatore economico, ma sull'Amministrazione: essa, peraltro, ha ottenuto la restituzione del relativo importo da parte del Servizio Sanitario Nazionale, sicché la pretesa di includerlo nella somma a carico delle aziende fornitrici appare viepiù illegittima e priva di fondamento giuridico.

Aggiungasi che il sistema delle forniture pubbliche è ormai incentrato – per effetto dell'art. 17-ter del d.P.R. n. 633/1972 (introdotto dalla Legge di Stabilità del 2015) – sul sistema dello split payment, sicché l'IVA dei DM non viene nemmeno incassata provvisoriamente dalle società coinvolte dalla misura del payback, posto che gli enti sanitari la versano direttamente

allo Stato: essa non transita, quindi, sui conti delle stesse, restando le Società private dei (pur modesti) benefici di cassa di tale flusso. Non a caso, il payback previsto per le società farmaceutiche esclude espressamente l'IVA dal calcolo della misura. Si allude, in special modo, a quanto disposto nell'art. 5, c. 3, del d.l. 159/2007 e nell'art. 15, c. 7, del d.l. 95 del 2012. La L. 205/2017 (Legge di Bilancio 2018) che ha definito il trattamento IVA, fino ad allora controverso, da applicare ai predetti versamenti, prevedendo la possibilità per le aziende farmaceutiche di scorporare e detrarre l'IVA relativa. Il c. 394 dell'articolo 1 della citata legge n. 205 ha chiarito che i versamenti effettuati a titolo di payback da parte delle aziende farmaceutiche sono qualificabili come una forma di revisione ex lege dei ricavi originari, che legittima una variazione ex art. 26, c. 2, del d.P.R. 633/1972. Anche alla luce di tanto, si configura altresì – pur nella presa di distanza dall'omologo istituto dei prodotti farmaceutici – una ingiustificata disparità di trattamento.

*Inoltre, il procedimento delineato nel citato Decreto Ministeriale del 6 ottobre 2022 **non contempla alcun momento di confronto procedimentale con i fornitori**, in aperta violazione delle norme della L. n. 241/1990 e delle garanzie partecipative ivi previste, già necessarie per l'individuazione retroattiva dello sfioramento del tetto di spesa, ma che certamente sono imprescindibili all'atto della concreta individuazione dei soggetti a carico dei quali porre il ripiano, che costituisce oggetto precipuo delle Linee guida.*

III.2. *Parimenti illegittimi risultano gli atti con cui sia la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome (V. atto del 14 settembre 2022 – **doc 6** cit.) sia la Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano (V. atto del 28 settembre 2022 – **doc 7** cit.) hanno espresso l'intesa sullo schema del decreto impugnato.*

*Si fa riferimento, in particolare, alle **modalità** con cui è stata raggiunta l'intesa, stante la palese contraddittorietà dell'operato delle Regioni che, dopo aver condizionato l'espressione dell'intesa all'assunzione, da parte del Governo, di impegni ben precisi e all'ottenimento di taluni chiarimenti, hanno espresso il loro assenso pur in mancanza dei chiarimenti richiesti e in presenza di un espresso rifiuto, da parte del Ministero della Salute, di adoperarsi per assicurare uno degli impegni pretesi dalle Regioni.*

Più specificamente, si tratta della richiesta da esse formulata, a valle dell'esame dello schema di decreto trasmesso dal Ministero della Salute, di “individuare il più celermente possibile – e comunque entro la definizione del payback per l'anno 2019 – un ente centrale o ufficio ministeriale che, alla stregua di quanto avviene da parte di AIFA per il payback

farmaceutico, certifichi per Regione gli importi dovuti a tutela dell'intero percorso di riscossione per ridurre il possibile contenzioso". Tale richiesta, come si legge nell'atto rep. n. 213/CSR del 28 settembre 2022 (doc 5 cit.), è stata espressamente declinata dal Ministero, che ha evidenziato come "allo stato attuale la gestione degli acquisti dei dispositivi è di competenza regionale e non è di fatto sovrapponibile al sistema dei farmaci che sono immessi sul mercato grazie a un'autorizzazione all'emissione in commercio che viene concessa da AIFA". Peraltro, le Regioni non hanno spiegato se e in quale misura la risposta ministeriale consentisse di ritenere superata la questione di un certificatore unitario e ad esse esterno, non solo da loro stesse prospettata, ma ritenuta dalle medesime Regioni tanto rilevante da condizionare l'intesa.

Quanto poi, ai chiarimenti, aventi per oggetto (i) la "corretta interpretazione dell'articolo 18 c. 1 DL 115/22, vale a dire che è da intendersi l'iscrizione delle somme sul bilancio sanitario 2022 sulla base del principio di competenza economica" e la (ii) "definizione di criteri omogenei per effettuare accantonamenti per gli importi a maggior rischio di esigibilità", non risulta che siano stati forniti.

Ciò nonostante, nel citato provvedimento del 28 settembre 2022 si dà atto, del tutto contraddittoriamente ed illogicamente, dell'acquisizione dell'assenso anche delle Regioni e si sancisce l'intesa sullo schema di decreto da esse esaminato che neppure reca indicazioni sulle questioni prospettate.

B. VIZI IN VIA DERIVATA DEI PROVVEDIMENTI IMPUGNATI CON IL RICORSO PRINCIPALE. ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA NORMATIVA APPLICATA DAL MINISTERO.

Il Decreto Ministeriale impugnato è stato assunto in dichiarata applicazione delle norme illustrate in fatto, inizialmente introdotte come misure di razionalizzazione e controllo ex ante della spesa, ma via, via divenute strumento di imposizione occulta, a cui le imprese del settore non possono in alcun modo sottrarsi. Da ultimo, successivamente all'emanazione del Decreto Ministeriale 6 luglio 2022, è intervenuta la modifica dell'art. 9-ter, apportata dall'art. 18, c. 1, del d.l. 115/2022 che ha aggravato l'incostituzionalità del sistema e sotto la cui egida sono state adottate, con l'intesa della Conferenza permanente, le Linee Guida ministeriali pure demandate allo scrutinio di Codesto Ecc.mo TAR.

Se non si dovesse riconoscere l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per i vizi autonomi denunciati nella SEZIONE A del presente atto, sarebbe - giocoforza - necessario sollevare la

questione di incostituzionalità della normativa sul payback, sulla cui base è stato assunto il Decreto Ministeriale 6 luglio 2022 ed elaborato lo schema di linee guida oggetto dell'intesa regionale, demandati al vaglio giurisdizionale, per le ragioni che qui di seguito si illustrano.

I - Illegittimità costituzionale del sistema del payback per come delineato dall'art. 9 ter DL 19 giugno 2015 n. 78, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015 n. 125, e s.m.i. e del meccanismo di ripiano del superamento del tetto della spesa per acquisti di DM posto a carico delle ditte fornitrici per violazione dell'art. 3 Cost.

A. Sotto un primo profilo. Irragionevolezza del tetto di spesa e della sua quantificazione.

Complessivamente, nei quattro anni considerati dai provvedimenti impugnati, si sono registrati sfondamenti del tetto di spesa per gli acquisti di DM superiori a 4 miliardi di Euro, di cui la metà circa posti a carico delle ditte fornitrici.

L'andamento costantemente crescente del disavanzo complessivo dimostra, con assoluta chiarezza, come il fabbisogno effettivo di DM sia **di gran lunga maggiore** rispetto a quello stimato dal legislatore nella misura del 4,4%. Si noti: è un tetto che la norma di cui si discute ha inteso "mantenere fermo" e che non risulta essere stato incrementato nei successivi interventi che si sono susseguiti sull'articolato in oggetto (che pure ha conosciuto – come si è già detto – correttivi sostanziali), neppure alla luce dei recenti eventi pandemici che hanno dimostrato la strategicità del settore e la necessità di un investimento ben maggiore nell'acquisto di DM. A comprova del trend, si richiama il dato risultante dal PNRR, in cui la missione "Salute" è l'ultimo e più breve dei sei capitoli dedicati alle altrettante missioni perseguite e l'ammontare degli investimenti a esso dedicato è il più esiguo: 15,6 miliardi di euro di fronte a un totale di 191 miliardi. Si tratta di un dato paradossale (dal momento che la "Salute" è la ragione stessa di esistenza del Piano), particolarmente espressivo delle priorità del decisore politico.

La quantificazione del tetto è, dunque, una scelta esterna, chiaramente non aderente ai reali bisogni del settore di cui si discute.

Occorre, peraltro, evidenziare che, nel campo dei DM, a differenza di quanto avviene in quello dei farmaci, in cui la controparte privata ha un forte potere contrattuale e spesso una posizione di monopolio, i fornitori non sono affatto in grado di influenzare il processo di formazione della domanda, poiché: i) le cessioni avvengono ordinariamente a seguito di regolari gare d'appalto; ii) il fabbisogno dei DM viene stabilito dagli stessi ospedali e dagli altri Enti del servizio sanitario nei relativi capitolati; iii) tutti i singoli ordinativi devono

essere, comunque, deliberati ed approvati, con la conseguenza che questi corrispondono (o, quanto meno, dovrebbero corrispondere) alle effettive necessità degli ospedali e degli altri enti, che sono, pertanto, gli unici titolari della domanda.

*In questo contesto, il fatto che la quasi totalità delle Regioni italiane non riesca a rimanere entro il tetto di spesa assegnato ex lege (salvo il caso delle Regioni in cui la presenza di posti letto gestiti dai privati accreditati **supera** la media nazionale), conferma il **patologico sottodimensionamento del tetto** (sia a livello nazionale sia a livello regionale) stesso e la conseguente irragionevolezza di una misura che imponga alle aziende di ripianare una quota significativa (fino al 50%) del sistematico e - a questo punto - inevitabile sfondamento di esso.*

*In sintesi, **è lo strumento stesso del tetto che si appalesa inadeguato e irragionevole**: esso è finalizzato a contenere in modo esogeno la spesa, senza una visione complessiva e senza una valutazione degli effetti nel lungo periodo e mal si attaglia ad un settore, come quello della spesa per acquisti di DM, in cui, come si è detto, la domanda ed il consumo sono esclusivamente determinati dall'effettivo fabbisogno.*

Gli effetti del suo sottodimensionamento ricadono, poi, su soggetti che non possono in alcun modo contribuire a mantenere la spesa nell'alveo del pur inadeguato limite ab externo imposto.

Ed infatti, le ditte fornitrici, se non possono condizionare in senso espansivo la domanda, neppure possono contenerla, assumendo misure atte a prevenire o limitare lo sforamento e il successivo payback, tenuto conto, peraltro, del peculiare sistema sanzionatorio previsto dalla contrattualistica pubblica a fronte della non regolare esecuzione del contratto (si pensi alle annotazioni nel casellario ANAC e al danno reputazionale conseguente) e alle responsabilità, anche penali, che si ricollegano all'interruzione di una fornitura inserita in un contesto di servizio pubblico.

B. Sotto un secondo profilo. Irragionevolezza e sproporzionalità della misura che incide retroattivamente su posizione consolidate e introduce una modifica “a regime” del sistema di acquisto dei DM.

È ben noto alla scrivente difesa che l'introduzione di tetti di spesa abbia superato il vaglio costituzionale, avendo il Giudice delle leggi ritenuto che essa è “il frutto, da parte del legislatore [...], di una scelta discrezionale di politica sanitaria e di contenimento della spesa, la quale, tenuto conto della ristrettezza delle risorse finanziarie dirette a soddisfare le

esigenze del settore, non risulta viziata da intrinseca irragionevolezza” (Corte Cost., 18 marzo 2005, n. 111).

Si è pure consapevoli che, per la Consulta, non è incostituzionale la scelta legislativa di rendere le imprese di un certo comparto (in quel caso, le imprese farmaceutiche) compartecipi nel ripiano del superamento dei tetti di spesa, posto che “l’esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare al settore sanitario” e che occorre, pertanto, “bilanciare le diverse esigenze, da un lato, di contenimento della spesa farmaceutica, nel contesto di risorse date e, dall’altro, di garanzia, nella misura più ampia possibile, del diritto alla salute” (Corte cost., sent. n. 279/2006), tenuto peraltro conto che “le imprese farmaceutiche, sono chiamate a contribuire ad un sistema, quello della rimborsabilità dei farmaci erogati dal SSN, dal quale esse stesse ricavano indubbi benefici” (Corte cost., sent. n. 79/2017).

È, infine, anche noto come la eventuale retroattività di disposizioni aventi valenza “peggiorativa” rispetto ad esistenti posizioni giuridiche non determini ex se la incostituzionalità della misura, purché trovi adeguata giustificazione “nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti motivi imperativi di interesse generale” (Corte cost., 4 giugno 2014, n. 156), di talché la modifica in senso sfavorevole della disciplina dei rapporti di durata non può mai essere arbitraria o irrazionale e dev’essere, in ogni caso, giustificata da esigenze eccezionali ed idonee, come tali, ad imporre sacrifici eccezionali, transeunti, non arbitrari e consentanei allo scopo prefisso.

In questi casi, secondo la Corte Costituzionale, la potestà legislativa deve, in particolare, svolgersi nell’osservanza dei principi di ragionevolezza ed eguaglianza (V. sent. n. 282 del 2005), di legittimo affidamento dei cittadini sulla stabilità della situazione normativa preesistente (V. sentenza n. 525 del 2000), di certezza delle situazioni giuridiche ormai consolidate (V. sent. n. 24 del 2009, n. 74 del 2008 e n. 156 del 2007), nonché di coerenza dell’ordinamento (V. sentenza n. 209 del 2010).

Dal quadro delineato dalla stessa Corte Costituzionale, risulta, quindi, senz’altro ammessa la possibilità di introdurre tetti anche retroagenti, i cui effetti gravino pure su una sola categoria di contribuenti, purché tali misure siano temporanee, intimamente connesse ad

urgenti ed inderogabili esigenze di bilancio, ricadano su categorie di soggetti che abbiano ricevuto un (dimostrabile) vantaggio dal sistema, siano coerenti con l'ordinamento.

Non pare che nessuno dei requisiti richiesti sia soddisfatto dalla misura di cui si discute.

Quanto all'efficacia temporale limitata - indefettibile presupposto della costituzionalità di previsioni di tipo analogo (Corte cost., 31 marzo 1995, n. 99, ma lo stesso principio è richiamato dall'ordinanza della Consulta 14 luglio 1999, n. 299) – essa deve essere strettamente preordinata a coprire un arco temporale pari a quello al quale sono riferite le esigenze di bilancio che hanno determinato (e giustificato) l'intervento. “Diversamente, **disposizioni che modifichino a regime (non, quindi, con efficacia temporanea e strumentale al soddisfacimento delle straordinarie esigenze finanziarie addotte quale causa giustificatrice dell'intervento) diritti patrimoniali attinenti a rapporti di durata, ben sono suscettibili di indurre perplessità di compatibilità costituzionale**” (in termini Cons. Stato, Sez. II, 30 giugno 2021, n.4997; ma identico ragionamento è sotteso alla sentenza della Corte cost., 7 dicembre 2021, n. 236).

Ebbene, la disciplina normativa che delinea il sistema del payback introduce la possibilità di incidere **sempre** retroattivamente (non per annualità determinate) sui diritti patrimoniali **attinenti a rapporti di durata.**

Quanto, poi, all'ulteriore requisito della strumentalità del sacrificio imposto con le stringenti necessità di bilancio, anche qui la Corte ha chiarito che **solo esigenze eccezionali integrano gli estremi di una causa che giustifichi ed autorizzi l'incisione, con efficacia retroattiva, di diritti perfetti attinenti a rapporti di durata** (ord. n. 299/1999 cit.).

La norma in esame introduce la possibilità di incidere su annualità precedenti, senza chiarire quale sia il necessario collegamento ad imperiose e “**indifferibili**” esigenze di bilancio, dal momento che nel 2019 – per effetto della modifica introdotta con la legge di bilancio del 2018 - sarebbe stato ancora consentito agire su annualità anche molto risalenti (si pensi al 2015) e addirittura, per effetto della più recente novella apportata dal d.l. Aiuti-bis nel 2022, **è espressamente consentito agire in recupero sul quadriennio 2015-2018**; ciò rende palese come le esigenze di bilancio cui il payback deve sopperire siano tutt'altro che indifferibili e tanto meno posseggano il carattere della straordinarietà.

Quanto, poi, alla individuazione dei soggetti interessati dalla previsione di una compartecipazione al ripiano, essa non è giustificata dalla chiara attribuzione a questi di uno specifico vantaggio dal sistema degli acquisti dei DM (come è stato possibile, invece, fare

per le imprese farmaceutiche), né - del resto - è riscontrabile una chiara concludenza della decurtazione postuma del loro fatturato con il conseguimento del (pur dichiarato) obiettivo di razionalizzare la spesa pubblica in questo settore.

*Infine, non appare affatto preservata la coerenza interna del sistema se si considera che il payback si traduce nella **rideterminazione unilaterale e postuma del prezzo della fornitura** stabilito all'esito di un confronto concorrenziale che, per espresso disposto di legge, non è liberamente e unilateralmente revisionabile al ribasso dall'amministrazione, tanto più in assenza di indicatori oggettivi di una riduzione dei prezzi (ed anzi in costanza di indici di segno opposto, com'è all'attualità), pena la compromissione non solo del corretto esplicarsi della concorrenza e della libertà di impresa, ma dello stesso interesse pubblico a preservare nel tempo la qualità delle forniture e a scongiurare il rischio che il prestatore non possa più farvi fronte.*

Oltre tutto, il sostanziale ridimensionamento a posteriori del prezzo di fornitura determinato dall'operare del payback si scontra con la circostanza che il prezzo unitario che risulta a seguito del ricalcolo a posteriori "spalmato" sui prodotti potrebbe essere stato del tutto anomalo, ove proposto ab initio, difettando un adeguato margine di guadagno o per la compressione delle voci di costo attinenti ai salari del personale (gli addetti alle vendite) e agli oneri della sicurezza (che sono, poi, quelli sopportati dall'esponente, che è mero distributore), che non possono essere oggetto di ribasso.

II - Illegittimità costituzionale del sistema per violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Incoerenza con altre norme che presidiano valori primari costituzionali e eurounitari.

*La misura di cui si discute contrasta con altre norme fondanti l'ordinamento giuridico. Il legislatore ha dichiarato, all'art. 30 Codice dei Contratti, di volere improntare l'affidamento e l'esecuzione delle forniture pubbliche alla **qualità delle prestazioni** e di volersi attenere al rispetto dei principi costituzionali di **economicità, efficacia, tempestività e correttezza**.*

Non può essere revocato in dubbio che il payback si traduce in un abbattimento unilaterale e postumo del prezzo delle forniture pubbliche, fissato all'esito di un confronto concorrenziale, senza alcuna valutazione sull'incidenza di tale abbattimento sul margine di guadagno assicurato alle aziende che potrebbe rimanere del tutto eliso da tale operazione, con conseguente frustrazione di quegli obiettivi solennemente declinati all'art. 30 Cod. Contratti e, conseguentemente, dei valori costituzionali di economicità, efficacia e tempestività, oltre che di correttezza, dell'azione amministrativa.

La giurisprudenza con orientamento consolidato ha già da tempo riconosciuto che “gli appalti pubblici devono pur sempre essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, giacché le acquisizioni in perdita porterebbero inevitabilmente gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso: laddove i costi non considerati o non giustificati siano tali da non poter essere coperti neanche tramite il valore economico dell’utile stimato, è evidente che l’offerta diventa non remunerativa e, pertanto, non sostenibile” (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2019, n. 8110 e 15 aprile 2013, n. 2063; Sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963; Sez. III, 11 aprile 2012, n. 2073).

Rimane, altresì, pregiudicato il valore eurounitario della concorrenza, finendo il payback per modificare (ex post) il valore della fornitura sulla cui base si sono determinate le regole del confronto concorrenziale, a partire dalla procedura applicabile (ai sensi dell’art. 35 Codice dei Contratti), e si è stabilita la platea dei concorrenti anche attraverso la fissazione dei requisiti di partecipazione e la determinazione della soglia di anomalia delle offerte.

Non si può, infine, obliterare l’eterogenesi che il payback opera sull’istituto delle varianti in corso di esecuzione e della revisione dei prezzi, quest’ultimo da sempre concepito come strumento per assicurare la qualità costante delle forniture nel tempo (garantendo al contempo l’interesse pubblico e quello degli operatori privati). L’abbattimento dei prezzi consentito dalle norme di cui si discute a distanza di così tanto tempo e senza alcuna considerazione né delle circostanze oggettive della fornitura, né, soprattutto, dell’incidenza sul margine di utile garantito all’impresa, pone non solo a rischio la qualità della fornitura, ma la sua stessa sussistenza.

Quanto ai tempi e alle modalità del payback, già quelli delineati nel c. 9-bis introdotto dal d.l. 115/2022 appaiono incompatibili con una effettiva partecipazione procedimentale dei soggetti incisi, contraddicendo la trasparenza e la partecipazione che sono anch’essi valori cardine dell’azione amministrativa.

Ne risulta la profonda incoerenza delle norme di cui si discute che delineano il sistema del payback con istituti centrali della contrattualistica pubblica e con principi fondanti l’azione amministrativa che sono in diritta discendenza dei precetti costituzionali di cui all’art. 97 Cost.

Peraltro, e sotto diverso profilo, non può non annotarsi come il payback si ponga in contrasto con il succitato disposto costituzionale nella misura in cui addossa una parte consistente

dello sforamento della spesa su soggetti che, come già detto, non possono influire, né controllare in alcun modo la domanda di DM, deresponsabilizzando gli enti pubblici che, invece, dovrebbero farsi integralmente carico - come, del resto, era nel disegno originario - delle conseguenze del superamento del tetto che senz'altro dipende dai loro atti di programmazione e deliberativi.

III - Illegittimità costituzionale del sistema per incoerenza con l'ordinamento sotto altro profilo. Violazione degli artt. 97, 3 e 41 Cost.

Come è noto, il sistema di gestione della spesa sanitaria pubblica per paziente è fondato sul meccanismo dei DRG, acronimo dell'espressione "Diagnosis Related Groups" (DRG, Raggruppamenti omogenei di diagnosi).

Il modello proposto ipotizza una organizzazione dell'ospedale "a matrice", con due funzioni di produzione separate:

- 1) conversione dei fattori produttivi in prodotti intermedi, quali pasti, analisi di laboratorio, diagnostica per immagini, medicazioni, interventi chirurgici;
- 2) utilizzo dell'insieme di beni e servizi ritenuti appropriati dai professionisti per la diagnosi ed il trattamento di specifiche tipologie di pazienti.

I DRG rappresentano lo strumento di classificazione del prodotto finale dell'ospedale.

Le caratteristiche dei DRG rendono il sistema di classificazione DRG particolarmente idoneo per essere utilizzato come riferimento ai fini della remunerazione dell'attività ospedaliera per acuti, per specificare le prestazioni di ricovero alle quali attribuire tariffe predeterminate specifiche.

A tal proposito, è necessario precisare che:

- i) la tariffa ha carattere di remunerazione onnicomprensiva del profilo di trattamento mediamente associato alla corrispondente categoria di ricoveri;
- ii) la tariffa può riflettere politiche di programmazione sanitaria mirate ad incentivare le modalità terapeutiche e/o organizzative ritenute più efficaci e più appropriate e a disincentivare quelle ritenute inappropriate.

Il Decreto del Ministero della Salute 18 ottobre 2012, in GU n. 23 del 28 gennaio 2013, fissa, all'Allegato 1, le tariffe per la remunerazione, tra l'altro, delle prestazioni di assistenza ospedaliera per acuti.

Il sistema dei DRG costituisce, pertanto, una modalità di controllo della spesa sanitaria, che assicura che non vengano effettuate cure superflue o con costi sproporzionati per singolo paziente.

Ora è evidente che, finché venga rispettato il tetto di spesa per paziente indicato dal DRG, il sistema sanitario versa per definizione in condizione di efficienza e appropriatezza, perché, da un lato, si responsabilizza l'Azienda sanitaria al rispetto di un tetto massimo di spesa, che essa può comunque comporre come vuole (introducendo, ad es., economie là dove è in grado: uno strumento tipico è quello delle economie di scala, come la cura sistematica di un certo tipo di pazienti in un determinato giorno) e, dall'altro, non si ignora la circostanza che ogni paziente bisognoso di cure abbia diritto ad ottenerle, secondo il dettato costituzionale.

Il payback dei dispositivi medici, per contro, è soltanto uno strumento di prelievo forzoso di denaro dalle imprese, senza alcuna razionalità, posto che non si interfaccia in alcun modo con gli altri strumenti di controllo della spesa sanitaria che lo stesso Stato Italiano ha ritenuto di applicare, quale appunto il sistema dei DRG.

Per altro verso – e qui lo strumento contestato scopre un altro punctum dolens – la disciplina del payback non prende in alcuna considerazione la cd. migrazione sanitaria, ossia il fatto che i pazienti si muovano all'interno del territorio nazionale, cercando e ottenendo cure anche al di fuori della propria Regione di residenza. Quando ciò accade, la Regione di provenienza provvede a rimborsare, secondo i DRG, le cure prestate nella Regione ove il paziente le ha ottenute. A fronte di siffatta situazione, i DM eventualmente utilizzati saranno sì appostati nel conto economico dell'ente sanitario erogante ma – diversamente da quelli utilizzati per il paziente che si è curato in loco – in relazione alla spesa esiste comunque una posta creditoria complessa che ne copre l'esborso.

Dal momento che lo sfondamento del tetto di spesa è stato previsto su base regionale e che, all'interno del tetto di spesa, né il legislatore né il Governo hanno ritenuto di dover distinguere fra le diverse tipologie di DM (scelta discutibile come si è esposto in altro passo di questo ricorso, ma tant'è), e che non è nemmeno previsto un meccanismo perequativo su base nazionale, non è difficile immaginare che lo sfondamento del tetto di spesa in talune Regioni tradizionalmente oggetto di migrazione sanitaria in ingresso (si pensi all'Emilia Romagna, ove vi sono centri di eccellenza nel comparto ortopedico, di particolare interesse, pertanto, per la ricorrente) potrebbe non esserci stato (o, quanto meno, avrebbe pesato in maniera minore), qualora fossero stati espunti dal CE i DM utilizzati per la cura del paziente

fuori Regione. Viceversa, le Regioni apparentemente “virtuose” (si pensi alla Calabria, che risulta non aver mai sfiorato i tetti di spesa), potrebbero non essere tali, in quanto l’esborso per i DM utilizzati per i pazienti migrati semplicemente non è appostato nei loro CE alla voce di riferimento.

Quanto sopra determina una **ingiustificata disparità di trattamento** fra le stesse imprese del settore dei DM, perché quella che abbia fornito, in esempio, con preferenza l’Emilia-Romagna, la Toscana, il Veneto o la Puglia, sarà tenuta a corrispondere il tributo secondo un calcolo alterato, mentre quella che ha operato in Regioni apparentemente virtuose ne andrà esente o sarà colpita in maniera ridotta.

IV - Illegittimità costituzionale del sistema per violazione dell’art. 53 Cost. e dell’art. 3 sotto ulteriore profilo.

È indubbio che la misura in discorso venga a configurarsi quale **prestazione patrimoniale imposta**, di natura sostanzialmente tributaria, che si aggiunge alla ordinaria tassazione cui sono soggette le imprese del settore e che è disancorata da un indice di capacità contributiva. La giurisprudenza costituzionale ha costantemente chiarito che “gli elementi indefettibili della fattispecie tributaria sono tre: la disciplina legale deve essere diretta, in via prevalente, a procurare una (definitiva) decurtazione patrimoniale a carico del soggetto passivo; la decurtazione non deve integrare una modifica di un rapporto sinallagmatico; le risorse, connesse ad un presupposto economicamente rilevante e derivanti dalla suddetta decurtazione, devono essere destinate a sovvenire pubbliche spese” (Corte cost., n. 70/2015). Nel caso che ci occupa: i) viene in rilievo una decurtazione definitiva; ii) si attua una prestazione patrimoniale disancorata da un rapporto contrattuale; iii) la prestazione è finalizzata al ripiano della spesa pubblica.

Devono, perciò, ritenersi integrati tutti i requisiti per il riconoscimento costituzionale della natura tributaria della misura in discussione.

Si tratta, più specificamente, di prestazione imposta ad una sola categoria di contribuenti, prescindendo da qualsiasi riferimento alla loro (attuale) capacità reddituale, tale da determinare non solo una lesione del principio di capacità contributiva, ma anche di uguaglianza e ragionevolezza del prelievo.

Ha, al riguardo, osservato il Consiglio di Stato: “Se il limite espansivo intrinseco dell’esercizio del potere impositivo va individuato nella corrispondenza fra situazioni incise e commisurazione del sacrificio richiesto (anche a fronte dell’applicazione del principio di

uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione e del principio solidaristico di cui al precedente art. 2), il sacrificio patrimoniale che venga ad incidere soltanto sulla condizione o sul patrimonio di una determinata categoria di soggetti (tenendo indenni, a parità di capacità reddituale, altri) confligge con le coordinate di uguaglianza e ragionevolezza del prelievo" (Cons. Stato, 30 giugno 2021, n.4997). I fornitori di DM partecipano al sistema degli acquisti al pari di tutti gli altri ordinari fornitori delle amministrazioni pubbliche, in generale, e sanitarie, in particolare, non ricavando – come si è già evidenziato – nessun particolare vantaggio dal sistema di cui si discute, in cui non rivestono alcuna posizione "riservata" o contrattualmente privilegiata.

Non si vede, pertanto, perché debba su di essi ricadere pro quota la spesa pubblica da cui non traggono alcun vantaggio.

Tanto più non si vede come possano essere chiamati a compartecipare allo sfondamento che non hanno determinato né contribuito a creare, in modo non temporaneo e limitato, ma sistematico e illimitatamente retroattivo.

Ed infatti, con riferimento sempre alla legittimità e razionalità della prestazione patrimoniale imposta in nome di esigenze di finanza pubblica, si deve osservare come le disposizioni che delineano il payback non solo non abbiano carattere transitorio e non abbiano, quindi, introdotto "sacrifici (...) eccezionali, transeunti, non arbitrari e consentanei allo scopo prefisso" (come dalla Corte indicato con la citata ordinanza n. 299 del 1999), ma facciano salva anche la possibilità di recuperare annualità risalenti, consentendo oggi un prelievo allorquando non è più ragionevole presumere la sussistenza dei proventi realizzati in un lasso temporale così risalente (peraltro in un contesto economico di conclamata ed epocale crisi, dopo due anni di pandemia), in assenza di una fattispecie "oggettiva" e prevedibile che abbia potuto consentire alle imprese di operare opportuni e adeguati accantonamenti per fronteggiare la richiesta.

Il prelievo di cui si discute, cui sono soggette le aziende, non solo, dunque, è imprevedibile ma, essendo connesso al disavanzo della spesa per gli acquisti effettuati nel 2015-2018, risulta disancorato dalla capacità contributiva individuale, con ancora più evidente violazione del principio di universalità della imposizione tributaria di cui agli artt. 3 e 53 Cost.

La violazione è ulteriormente aggravata dalla circostanza che si tratta di una forma di tassazione occulta che, oltre ad essere disancorata dall'indice di capacità contributiva, va a

colpire il fatturato che, in quanto comprensivo anche dei costi, non integra un “sintomo di arricchimento”, suscettibile di essere inciso ai sensi del predetto art.53 della Costituzione.

V – Illegittimità costituzionale del sistema per violazione dell’art. 41 Cost.

*Il meccanismo, nella misura in cui, di fatto, comporta tagli lineari del fatturato ad esercizio finanziario **ormai chiuso** e senza consentire alle aziende una seria e avveduta programmazione delle proprie attività, finisce per compromettere il nucleo essenziale della libertà di iniziativa economica privata, ipotecando la possibilità delle imprese del settore di competere per lo sviluppo della propria attività e di preservare il proprio valore aziendale, costringendo le società a ridurre i propri margini di utili se non addirittura ad azzerarli.*

Né a salvaguardare la legittimità della misura soccorre la previsione del co. 3 del medesimo art. 41, a norma del quale “la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata sia indirizzata a fini sociali”. Il ripianamento di un tetto di spesa che si è dimostrato costantemente sottostimato e, quindi, irrealizzabile ed il cui sfondamento è, conseguentemente, destinato a verificarsi ogni anno (come dimostra il quadriennio 2015-2018) non può integrare il “fine sociale” a cui l’attività privata può essere indirizzata, ma una mera necessità di bilancio neppure contingente – stante la sua costante riproposizione – imputabile a inefficienze del sistema che necessitano di essere corrette attraverso una riforma strutturale, in grado di assicurare un governo efficace della spesa sanitaria.

Né - ancora – può sostenersi la ragionevolezza del ricorso a misure di abbattimento postumo dei prezzi, invocando il fine di utilità sociale rappresentato dalla garanzia del più ampio godimento possibile del diritto all’assistenza sanitaria. Ciò non solo per ragioni giuridiche generali e di principio, non potendo evidentemente gravare su aziende private (peraltro esposte al rischio di fallimento) il diritto all’assistenza che è compito del SSN assicurare, ovviamente nei limiti delle disponibilità finanziarie dello Stato, ma anche per considerazioni legate al particolare meccanismo che presidia la formazione del prezzo nel settore di che trattasi. Esso - per come si è ripetutamente evidenziato - si è determinato all’esito di un confronto competitivo che ha già assicurato l’emersione del miglior prezzo possibile, a condizioni sostenibili per l’impresa.

*L’implementazione del payback, traducendosi nell’ulteriore abbattimento di quel prezzo, rischia quindi, di **determinare un risultato opposto a quello di utilità sociale**, ponendo a rischio la qualità e la sussistenza stessa delle forniture di DM essenziali all’assistenza*

sanitaria. Emblematica la situazione della Società ricorrente, che, traendo dal comparto sanitario dei DM solo il 6,7% del proprio fatturato abbandonerà completamente il settore, dedicandosi ad ambiti più profittevoli.

VI – Illegittimità costituzionale del sistema per violazione degli artt. 3 e 32 Cost.

Si è evidenziato in narrativa come la misura di cui si discute si distingua da quella, analoga, già in atto nel settore farmaceutico, per la mancata previsione di esenzioni.

Infatti, mentre la normativa del payback sui farmaci prevede (i) la franchigia di 3 milioni di euro per azienda e (ii) la non contribuzione al ripiano per i farmaci riconosciuti dall'EMA come "orfani", nel settore dei DM **non sono previste franchigie né risultano individuati dispositivi esenti**, sicché **tutti** i fornitori, indipendentemente dell'incidenza del loro specifico fatturato e dalla tipologia di dispositivo fornita (ivi compresi, ad esempio, i supporti o ausili tecnici per persone disabili ovvero la strumentazione per bioimmagini e radioterapia), saranno chiamati a concorrere al ripiano.

Ciò costituisce un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale della misura, sia perché l'applicazione indifferenziata di medesimi criteri a tutte le imprese, senza alcun meccanismo di tutela per quelle di piccole dimensioni, determina una grave violazione dell'art. 3 Cost. e del principio di ragionevolezza e di proporzionalità; sia perché l'inclusione di tutti i DM nell'obbligo di contribuzione al ripiano, senza operare distinzioni sotto il profilo funzionale ma con la sola eccezione, di carattere meramente fiscale, dei dispositivi pluriennali, si pone in contrasto con la previsione di cui all'art. 32 Cost. che tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività.

Sotto altro profilo, è facile prevedere che l'effetto di medio periodo della permanenza della misura si volgerà in danno dello stesso sistema sanitario, perché alternativamente le imprese alzeranno i prezzi o si sottrarranno volontariamente alle forniture pubbliche, preferendo quale stake holder il solo comparto privato, che non presenta problemi di payback; e ciò anche in danno dei cittadini meno abbienti che alle cure private non possono accedere, e, quindi, con lesione del principio costituzionale della parità di accesso alle cure di tutti coloro che sono presenti sul territorio italiano.

La misura del Payback è destinata ad incidere negativamente sullo stesso sistema della concorrenza.

Il raffronto con la situazione della SOCIETÀ ben chiarisce quanto intendiamo qui esprimere. Posto che la gran parte del fatturato della stessa è dovuta a pubbliche forniture e che essa ha

registrato nel 2015 un margine lordo del 2,68%, ossia € 486.362,89 (a fronte di un fatturato lordo di € 18.147.869) e che, secondo una stima approssimativa, il payback per quell'anno inciderà per € 754.570,68, la SOCIETÀ avrà operato in pura perdita: è evidente, quindi, che, per ovviare a rischi di tal genere, una società come l'esponente sarà costretta a ricercare sul mercato acquirenti che la esonerino da siffatti rischi.

VII - Illegittimità costituzionale del sistema per violazione degli artt. 42 e 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 1, del Primo Protocollo addizionale alla CEDU.

Il meccanismo del payback rappresenta, inoltre, una interferenza con il diritto di proprietà garantito dall'Articolo 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, che costituisce parametro interposto di legittimità costituzionale in base all'art. 117, c. 1, della Costituzione, che impone al legislatore statale, di conformarsi agli obblighi internazionali.

L'art. 1 di tale Protocollo stabilisce il principio generale per cui nessuno può essere privato della sua proprietà (e le somme incassate dai fornitori rientrano nel concetto di bene di cui all'art. 1 citato) se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Gli Stati possono, tuttavia, disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.

L'ingerenza della misura espropriativa deve, però, avere: a) una base normativa e la legge deve contenere previsioni sufficientemente accessibili, precise e prevedibili (CEDU, Acciardi e altri c. Italia, 19 maggio 2005, Scordino c. Italia, 17 maggio 2005); b) una causa di pubblica utilità che c) deve essere perseguita in misura ragionevole e proporzionata.

L'intervento attuato dallo Stato con la misura di cui si discute non possiede nessuno di tali presupposti.

Quanto al requisito di legalità - che ha carattere "preliminare" dato che la sua insussistenza inficia in radice la legittimità dell'interferenza, rendendo inutile qualsiasi ulteriore valutazione in punto di finalità perseguita e proporzionalità/ragionevolezza della misura - la normativa sul payback non risulta "precisa e prevedibile", in quanto la determinazione dell'onere economico a carico delle aziende fornitrici dipende da fattori esterni e variabili nel tempo, che non consentono ad un operatore, ancorché prudente e diligente, di prevedere quale possa essere la determinazione del tetto per l'anno di riferimento.

Fermo il rilievo assorbente dell'assenza del requisito di cui sopra, e se pure si dovesse ravvisare il collegamento della misura in esame con l'interesse generale alla

razionalizzazione della spesa in vista dell'estensione dell'assistenza sanitaria (ma si sono già espresse, nel motivo precedente, le ragioni per le quali ciò appare piuttosto da escludere), le modalità con cui l'interesse generale è perseguito non corrispondono al "minimo mezzo", né al principio di proporzionalità, anche in considerazione delle modalità e della tempistica con cui il meccanismo è destinato ad operare.

VIII – Illegittimità per violazione degli artt. 3, 10 e 81 TFUE

Si è già detto di come la misura del payback attuata nei provvedimenti gravati si risolva in una rideterminazione (unilaterale) del prezzo della fornitura negoziata all'esito di una gara pubblica e, conseguentemente, in una alterazione evidente delle condizioni del confronto concorrenziale che ne rimane, quindi, vanificato.

La Corte Giustizia CE, nella sentenza 9/9/2003 (causa 198- 2001), ha precisato "che, sebbene di per sé gli artt. 81 CE e 82 CE riguardino esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, ciò non toglie che tali articoli, in combinato disposto con l'art. 10 CE, che instaura un dovere di collaborazione, obbligano gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese [v. sentenze 16 novembre 1977, causa 13/77, INNO/ATAB, Racc. pag. 2115, punto 31; 21 settembre 1988, causa 267/86, Van Eycke, Racc. pag. 4769, punto 16; 17 novembre 1993, causa C-185/91, Reiff, Racc. pag. I-5801, punto 14; 9 giugno 1994, causa C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, Racc. pag. I-2517, punto 14; 5 ottobre 1995, causa C-96/94, Centro Servizi Spediporto, Racc. pag. I-2883, punto 20, e 19 febbraio 2002, causa C-35/99, Arduino, Racc. pag. I-1529, punto 34).

Si chiede, pertanto, che i provvedimenti impugnati vengano disapplicati o, in subordine, che si faccia ricorso all'utilizzo del meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per far dichiarare l'incompatibilità dell'art. 9-ter con i principi affermati dagli artt. 3, 10 e 81 del TFUE".

*** **

C. VIZI PROPRI DELLA (PRECEDENTE) DETERMINA REGIONALE N. 24300/2022

La determina qui impugnata è illegittima, in via derivata, per tutti i motivi dedotti nel ricorso introduttivo, dianozi riportati. Essa è, altresì, illegittima in via autonoma, per le ragioni che di seguito si illustrano.

I - Violazione degli artt. 3, 7, 8, 9 e 10 della legge 7 agosto 1990 n. 241/1990 e del diritto dell'azienda di partecipare al procedimento. Violazione dei principi di trasparenza e leale collaborazione tra pubblico e privato. Eccesso di potere per contraddittorietà.

Ai sensi dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241, l'Amministrazione è tenuta a comunicare l'avvio del procedimento "ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire". La funzione di tale comunicazione consiste, come noto, nel mettere gli interessati al corrente del fatto storico di tale avvio al fine di consentire la loro partecipazione, promossa dal Legislatore in funzione sia collaborativa, per la miglior cura dell'interesse pubblico, sia di garanzia delle loro situazioni giuridiche soggettive.

*La Regione Emilia Romagna, in aperta violazione delle norme sul procedimento amministrativo, ha emesso il provvedimento di assegnazione della quota di ripiano asseritamente spettante alla SOCIETÀ **senza coinvolgere minimamente la diretta interessata nel relativo procedimento**, di cui non è stato neppure comunicato l'avvio; adempimento, questo, che può essere omesso solo con riguardo ai provvedimenti aventi natura totalmente vincolata, ovvero in presenza di motivate e circostanziate ragioni di celerità.*

Nel caso di specie, non ricorre nessuna delle ipotesi dianzi indicate, posto che, quanto alla natura del provvedimento impugnato, la quantificazione degli importi dovuti dai singoli fornitori ai sensi dell'art. 9-ter, comma 9-bis del d.l. 78/2015 non si risolve in una mera ricognizione di presupposti rigidamente fissati ma, a fronte della indeterminatezza delle disposizioni contenute nella predetta norma e della genericità dei provvedimenti attuativi, con particolare riferimento alle Linee guida di cui all'impugnato Decreto Ministeriale del 6 ottobre 2022, costituisce senza dubbio esercizio di un potere discrezionale, che si estrinseca nella verifica della documentazione contabile e nella valutazione dell'amministrazione procedente in merito ai dati da valorizzare e/o escludere.

Quanto, poi, alle esigenze di celerità, esse avrebbero dovuto essere adeguatamente evidenziate, in sede di emanazione del provvedimento, dalla Pubblica Amministrazione, la quale, ove ritenga esistenti i presupposti di celerità che legittimano l'omissione della comunicazione dell'avvio del procedimento, deve dare contezza, nel provvedimento finale, dell'urgenza, atteso che le ragioni della speditezza devono essere poste a raffronto con le esigenze di tutela del contraddittorio, soprattutto qualora si tratti, come nella specie, di provvedimenti a contenuto sfavorevole per il destinatario (Cons. Stato – Sezione V, 6 ottobre 2022 n. 8562).

L'obliterazione della comunicazione in parola ha impedito la partecipazione della SOCIETÀ al procedimento e la necessaria verifica in contraddittorio di tutti i dati e documenti posti alla base dei calcoli effettuati dalla REGIONE, la quale si è limitata a fornire alla ricorrente l'importo finale ad essa richiesto senza consentirle di controllare né l'esattezza di tale importo né, a monte, la correttezza del calcolo dello sfondamento del tetto di spesa da cui origina la pretesa.

Peraltro, non si tratta di vizio formale, ma sostanziale. Ribadito che la ricorrente non dispone, allo stato, di dati sufficienti per entrare nel merito dei conteggi e, al fine di non formulare censure ipotetiche, deve riservarsi di contestare le cifre esposte nell'Allegato 1 all'esito dell'ostensione dei dati già subitaneamente richiesti con l'accesso documentale, si annota l'assoluta contraddittorietà della condotta regionale che mentre intima il pagamento di cifre relevantissime senza fornire alcun elemento a supporto, contemporaneamente assegna 30 gg (il medesimo termine per il pagamento) per "presentare, su quanto disposto dal presente provvedimento regionale, circostanziate controdeduzioni".

Si tratta di invito che, dal punto di vista pratico, è del tutto sterile, essendo concretamente impedito dalla non condivisione dei dati, e perfino delle delibere aziendali richiamate come atti presupposti, ma è altresì indubitabile che proprio la sollecitazione all'esercizio delle prerogative partecipative comproui come fosse necessario - per la stessa amministrazione resistente - attivare il contraddittorio illegittimamente pretermesso.

Di qui un primo ed assorbente vizio del provvedimento impugnato, che merita per ciò solo di essere annullato.

II- Violazione dei principi di leale collaborazione e del principio di trasparenza dell'azione amministrativa. Violazione del principio di effettività della tutela (art. 24 Cost.) Eccesso di potere per contraddittorietà, irragionevolezza, manifesta ingiustizia. Difetto di istruttoria e di motivazione.

Questa difesa è consapevole dell'approdo cui è pervenuta la giurisprudenza in tema di partecipazione procedimentale in relazione all'omologo, sebbene non coincidente, meccanismo del previsto nel settore del farmaco.

In quel caso, le doglianze si attestavano sulla circostanza che AIFA avrebbe messo a disposizione soltanto i dati delle aziende direttamente interessate, non anche quelli riguardanti le altre aziende chiamate a partecipare al payback e tale omissione, nella prospettiva delle società interessate, non avrebbe consentito a queste ultime di vagliare al meglio ed in modo il più completo possibile la correttezza dell'operato di AIFA, atteso che l'errore compiuto in

relazione ad una azienda potrebbe avere riflessi negativi su tutte le altre (ciò per la stretta interrelazione tra aziende secondo il nuovo sistema di payback).

Rispetto a questa prospettazione, la conclusione dei Giudici Amministrativi è stata nel senso che una simile aspirazione (cioè quella alla discovery completa anticipata) si scontra con le esigenze di riservatezza delle altre aziende fornitrici e che i dati di che trattasi sono conoscibili ex post, in sede di accesso, ma non ex ante, in sede di partecipazione, precisandosi, in ogni caso, che la correttezza dei dati inseriti è appannaggio, in prima battuta, della sola azienda cui sono ascrivibili quegli stessi dati.

*Se non è possibile, quindi, aspirare a conoscere ex ante i dati di **tutti** i fornitori, è **però doveroso dare alle Società fornitrici, chiamate al ripiano, la possibilità di conoscere in modo completo i dati che le riguardano.***

*Il Consiglio di Stato ha, sul punto, specificamente rilevato che **la condivisione dei dati (individuali propri ed aggregati) è quella che meglio realizza il bilanciamento degli interessi coinvolti**, tenuto conto delle esigenze di riservatezza altrui e, al tempo stesso, della circostanza che ciascuna azienda deve essere messa in grado di controllare l'esattezza dei propri dati, così anche garantendo una forma di controllo "diffuso" (in termini, V. Cons. Stato, sez. III, 21 novembre 2022, n. 10248).*

*Nel caso di specie, **è del tutto mancata la condivisione dei dati individuali propri e aggregati** sicché, in difetto di essa, la SOCIETÀ si troverebbe costretta a pagare sostanzialmente "al buio" le cifre indicate nel prospetto allegato senza poterle, in alcun modo, verificare e, quindi, eventualmente contestare in maniera puntuale e fondata.*

La REGIONE, infatti, non solo - per come denunciato nel primo MOTIVO - non ha comunicato l'avvio del procedimento, emettendo direttamente l'avviso di pagamento, ma ha anche liquidato gli importi senza dare alcun elemento a supporto del calcolo: si è limitata, come anticipato, a fornire la somma asseritamente dovuta dalla ricorrente a titolo di payback per le singole annualità considerate e il totale preteso, omettendo finanche di specificare (e ovviamente di condividere) il dato di fatturato per DM prodotto dalla SOCIETÀ negli anni in considerazione e di indicare la percentuale di sforamento imputata alla ricorrente. In assenza di questi elementi, la ricorrente non può verificare, neppure in autonomia, se la quota di ripiano ad essa imputata sia corretta.

Emettendo, poi, direttamente l'intimazione di pagamento con termine di 30 gg., l'amministrazione ha, di fatto, fortemente limitato (per non dire materialmente precluso)

l'accesso preventivo nella cui sede la SOCIETÀ avrebbe potuto rimediare al vulnus informativo inferto da un simile modus operandi.

*Ed infatti, pur essendosi attivata tempestivamente, la ricorrente ad oggi non dispone dei dati mancanti e pende il termine perché sulla sua istanza ostensiva la REGIONE si pronunci, con il paradosso che potrebbe maturare prima il termine per il pagamento che quello per l'evasione dell'istanza o per l'emersione del silenzio rigetto. Peraltro, l'imminenza del termine assegnato dall'amministrazione per il pagamento, costringe la SOCIETÀ ad una impugnativa anch'essa "al buio", non possedendo la ricorrente elementi essenziali per la verifica della propria posizione; sicché non solo non è possibile esercitare le prerogative partecipative nel procedimento, presentando "circostanziate" controdeduzioni, come preteso dalla REGIONE nell'invito che suona quasi beffardo, ma nemmeno svolgere adeguatamente la difesa in giudizio. Ed è noto come l'Adunanza Plenaria, nella sentenza n. 12/2020 - che concerne il contenzioso in materia di gare pubbliche, ma con orientamento che ben può ritenersi espressivo di una esigenza comune a tutte le impugnative - abbia riconosciuto che la proposizione di ricorsi c.d. "al buio" contro atti di cui si conosca l'effetto pregiudizievole, ma non sia noto il contenuto motivazionale e dei quali sia, pertanto, estremamente difficile, se non addirittura impossibile, individuare i possibili vizi (tanto da riuscire a formulare censure con adeguato grado di specificità) e/o gli elementi idonei ad apprezzarne l'entità, **è incompatibile con i principi di leale collaborazione tra poteri pubblici e amministrati e di effettività della tutela nei confronti delle pubbliche amministrazioni.***

Risultano, pertanto, estensibili al caso che ci occupa i precedenti di Codesto Ecc.mo TAR che hanno stigmatizzato la condotta dell'amministrazione che intimi ai fornitori il pagamento delle somme a titolo di ripiano senza consentire, però, a queste ultime di prendere visione dei dati della singola struttura sanitaria al fine di compararli con l'unico dato in possesso della singola azienda, che è quello relativo alla fornitura dei propri prodotti a ciascuna struttura.

Il precludere un simile confronto - ha ineccepibilmente rilevato in quelle occasioni il Collegio - comporta "che vengono vanificate tali esigenze di tutela delle aziende fornitrici finendo con l'assegnare in definitiva una sorta di fede privilegiata, al di fuori di una specifica disposizione normativa, sia al dato complessivo nazionale elaborato sia a quello prodotto dalle singole Regioni, in palese contrasto con il principio di trasparenza dell'azione amministrativa e con il principio che spetta all'amministrazione provare la fondatezza e la veridicità dei fatti sulla cui base ha adottato un determinato provvedimento" (cfr. TAR Lazio, sez. III Quater, 25 marzo

2015, n. 4538 e 19 ottobre 2016, n. 10410).

Peraltro, come già rilevato, la REGIONE ha financo omissso di condividere le deliberazioni aziendali che essa stessa ha richiamato nel corpo della determinazione come atti presupposti; ciò in palese violazione dell'art. 3 L. 241/1990 che onera non solo di indicare i "presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione in relazione alle risultanze dell'istruttoria", ma ove le ragioni "risultino da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile anche l'atto cui la decisione si richiama".

Di qui un ulteriore grave vizio della determina impugnata sotto tutti i profili denunciati in epigrafe.

*** **

ISTANZA ISTRUTTORIA

In via istruttoria si chiede di acquisire dalla REGIONE tutti gli atti e documenti in base ai quali sono stati emessi i provvedimenti impugnati, ivi incluso l'elenco delle fatture specificamente prese in considerazione e valorizzate ai fini del calcolo del payback richiesto alla Società e che, in mancanza, l'Autorità adita ne ordini l'esibizione, con riserva di azionare ulteriori mezzi istruttori e/o proporre motivi aggiunti.

P.Q.M.

Si chiede all'Ill.mo TAR adito di accogliere il presente ricorso e, per l'effetto, annullare tutti gli atti e i provvedimenti impugnati e indicati in epigrafe, previo ogni necessaria pronuncia preliminare. In via istruttoria, si chiede la condanna della REGIONE alla produzione in giudizio degli atti e documenti dianzi richiamati. Con vittoria di spese, diritti e onorari.

Ai fini delle spese di giustizia, si dichiara che il CU dovuto ammonta a 650,00 euro.

Milano- Roma, 12 marzo 2025

Avv. M. Beatrice Zammit

Avv. Mariapaola Locco

Avv. M. Dominique Feola