

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO*Sez. III Quater - RG 15677/2022***- Roma -****RICORSO PER MOTIVI AGGIUNTI****(da valere, ove occorra, anche come ricorso autonomo)**

di **Applied Medical Distribution Europe B.V.** (C.F. NL815780676B01), con sede legale in Amersfoort, Wiekenweg n. 21 – 3815 KL (Paesi Bassi), e sede secondaria in Milano (MI) 20121, Via Principe Amedeo 3 (C.F./P.I. 06912570964), in persona del legale rappresentate e preposto pro tempore, Robert van der Meer, rappresentata e difesa nel presente giudizio, giusta procura notarile allegata, dagli Avv.ti. Prof. Francesco Goisis (C.F. GSSFNC75A05E648UE - PEC francesco.goisis@pec.it), Prof.ssa Miriam Allena (C.F. LLNMRRM80T52F351X - PEC: miriam.allena@pec.it), Mario Cigno (C.F. CGNMRA87R19G511X, PEC mario.cigno@milano.pecavvocati.it) e Amalia Scimè (C.F. SCMMSR95P57A669K, PEC scime.amaliaserena@pec.it, domiciliata presso lo studio degli stessi in Roma, Viale di Villa Massimo 57, Fax 06 44063306, giusta procura speciale allegata al presente atto. I predetti avvocati dichiarano di voler ricevere le comunicazioni relative al presente procedimento agli indirizzi di posta elettronica certificata sopra indicati, ai sensi di quanto disposto dall'art. 136 del d.lgs. 104/2010

CONTRO

Regione Sardegna, in persona del Presidente pro tempore.

Ministero della Salute, in persona del Ministro pro tempore, domiciliato per la carica presso l'Avvocatura generale dello Stato, in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro pro tempore, domiciliato per la carica presso l'Avvocatura generale dello Stato, in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Presidenza del Consiglio dei Ministri - Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, in persona del Presidente pro tempore, domiciliato per la carica presso l'Avvocatura generale dello Stato, in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente pro tempore,

domiciliato per la carica presso l'Avvocatura generale dello Stato, in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, in persona del Presidente pro tempore, domiciliato per la carica presso l'Avvocatura generale dello Stato, in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Conferenza delle regioni e delle province autonome, in persona del Presidente pro tempore, domiciliato per la carica presso l'Avvocatura generale dello Stato, in Roma, via dei Portoghesi, 12, nonché alla PEC conferenza@pec.regioni.it;

e, per quanto occorrere possa,

Regione Abruzzo, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Basilicata, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Calabria, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Campania, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Emilia Romagna, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Friuli Venezia, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Lazio, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Liguria, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Lombardia, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Marche, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Molise, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Piemonte, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Puglia, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Sicilia, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Toscana, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Trentino-Alto Adige, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Umbria, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Valle d'Aosta, in persona del Presidente pro tempore;

Regione Veneto, in persona del Presidente pro tempore;

Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del Presidente della giunta provinciale pro tempore;

Provincia Autonoma di Trento, in persona del Presidente della giunta provinciale pro tempore;

Boston Scientific Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, PEC bostonscientific.finance@legalmail.it;

Azienda Regionale della Salute (ARES), in persona del legale rappresentante

pro tempore;

ARNAS (Azienda di Rilievo Nazionale ed Alta Specializzazione) G. Brotzu,
in persona del legale rappresentante pro tempore;

Azienda Ospedaliero-Universitaria di Cagliari, in persona del legale
rappresentante pro tempore;

Azienda Ospedaliero Universitaria Sassari, in persona del legale
rappresentante pro tempore;

PER L'ANNULLAMENTO

- della determinazione dell'Assessorato dell'igiene e sanità e dell'assistenza sociale della Regione Autonoma della Sardegna n. 1356, prot. uscita n. 26987 del 28 novembre 2022, pubblicata in data 29 novembre 2022 sul sito web della medesima Regione Autonoma della Sardegna ed avente ad oggetto l'attuazione del *payback* ex art. 9 ter del D.L. 78/2015, con la quale (i) sono stati calcolati gli importi dovuti a titolo di *payback* da ciascuna impresa fornitrice di dispositivi medici ad enti e aziende del Servizio sanitario regionale della Regione Autonoma della Sardegna per gli anni 2015-2018, (ii) si è disposto il pagamento da parte della ricorrente della somma di Euro 24.622 a titolo di *payback* entro 30 giorni dalla pubblicazione della decisione e, nel caso di mancato pagamento entro 30 giorni, (iii) si è stabilito di procedere a compensazione di detto debito con i crediti maturati dalle aziende interessate e, in particolare, dell'Allegato A alla medesima determinazione, recante "*Elenco Quota Di Ripiano Annuale e Complessiva Per Fornitore*" (**doc. 2**), nonché, per quanto necessario, di tutti gli atti connessi, anche non conosciuti, che abbiano partecipato alla determinazione del contributo a carico della Ricorrente, ivi compresi gli atti e certificati emanati dalle Aziende sanitarie della Regione Sardegna e posti alla base del provvedimento regionale quali menzionati nella Determinazione gravata, incluse le seguenti determinazioni indicate nel provvedimento regionale: Delibera ARES n. 243 del 15.11.2022; Delibera ARNAS BROTZU n. 1331 del 15.11.2022; - Delibera AOU Cagliari n. 1020 del 15.11.2022; - Delibera AOU Sassari n. 1044 del 15.11.2022

*ed inoltre dei seguenti atti (già oggetto di impugnazione con il ricorso
principale)*

- del Decreto del Ministero della Salute del 6 ottobre 2022, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 2022, recante "*Adozione delle linee guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018*" (**doc. 3**), nonché

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi compreso, per quanto occorrere possa, il Decreto del Ministro della Salute, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze del 6 luglio 2022, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 15 settembre 2022, con cui è stato certificato il superamento del tetto di spesa per l'acquisto di dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 (**doc. 4**), 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 decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, come convertito, 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, fissando per ciascuno dei predetti anni il tetto sia nazionale che regionale al 4,4% del fabbisogno sanitario regionale standard (rep. atti n. 181/CSR del 7 novembre 2019) (**doc. 5**), nonché l'intesa dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome del 14 settembre 2022 (**doc. 6**), nonché ancora l'intesa sancita 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 (**doc. 7**).

FATTO

Con il ricorso introduttivo Applied Medical (di seguito anche AM), Società olandese e parte di un primario gruppo multinazionale e che da tempo opera in Italia secondo una politica di partecipazione alle gare caratterizzata da prezzi bassi a qualità elevata, è insorta dinanzi a codesto Ecc.mo TAR avverso l'adozione del Decreto del Ministro della Salute, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze del 6 luglio 2022, con cui è stato certificato il superamento del tetto di spesa per l'acquisto di dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 e del decreto del Ministero della Salute del 6 ottobre 2022, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 2022, recante "*Adozione delle linee guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018*", oltre che degli Accordi tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano che individuano 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.

In estrema sintesi, nel ricorso introduttivo si è contestata l'illegittimità derivata dei predetti provvedimenti attuativi del sistema del payback, tra l'altro, per violazione dei principi costituzionali di libera iniziativa economica, proporzionalità, ragionevolezza ed

eguaglianza, nonché per violazione dei principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, tra l'altro sub specie di imposizione di contribuzioni retroattive.

Lo stesso gravame lamenta l'illegittimità diretta degli atti impugnati per difetto di istruttoria, irragionevolezza e contraddittorietà, a motivo della loro incidenza pesante e retroattiva sull'attività di impresa, identificando a distanza di anni dai fatti il superamento del tetto di spesa per dispositivi medici e l'ammontare delle somme dovute a titolo di *payback* dagli operatori del settore. In ultimo, lo stesso ricorso introduttivo lamenta l'illegittimità delle Linee Guida del Ministero della Salute del 6 ottobre 2022, che non fanno alcun riferimento alla modalità di scomputo del valore dei servizi da quello delle forniture dei dispositivi medici dalle gare aggiudicate alle aziende del settore, non supportando in alcun modo le Regioni competenti nell'effettuazione del calcolo del *payback*.

Sulla base della normativa richiamata la Regione Autonoma della Sardegna, in data 28 novembre 2022 ha adottato la determinazione, determinando gli oneri di ripiano della spesa per dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 a carico di AM per una somma pari ad **Euro 24.622**, risultante dall'Allegato A del medesimo provvedimento, **con riserva di quantificare ulteriori somme dovute da AM a titolo di *payback*, a seguito di più approfondite verifiche**. Il medesimo provvedimento dispone che l'istante effettui il pagamento della somma determinata a titolo di *payback* entro 30 giorni dalla propria pubblicazione, avvenuta in pari data sul sito web istituzionale della Regione Sardegna, e che, in caso di mancato pagamento immediato, si provveda alla compensazione di tale credito della Regione con i crediti derivanti dalle forniture e dai servizi che rende alla stessa Regione (art. 6 della Determinazione impugnata).

Si noti fin d'ora che la gran parte dei contratti stipulati con la Regione resistente, a seguito di aggiudicazione di gara d'appalto, hanno natura di appalti misti di forniture e servizi, che includono fondamentali servizi di formazione, grazie al proprio personale specializzato, il cui valore in alcune gare è davvero significativo, come meglio si dirà in seguito.

Nel decreto impugnato e nelle relative premesse le modalità di calcolo del *payback* sono illustrate in maniera a tal punto sommaria da sostanziersi nei meri richiami al Decreto 6 luglio 2022 ed al Decreto 6 ottobre 2022, nonché alle comunicazioni pervenute dalle strutture sanitarie che insistono sul loro territorio, non dando neppure atto del necessario scomputo del costo dei servizi da quello delle forniture di dispositivi medici.

Dal momento che tale determinazione, nonché ogni suo atto presupposto, è non solo lesiva, assieme alla relativa previsione legislativa, di inderogabili principi costituzionali ed europei (come già dimostrato nel ricorso principale, da intendersi qui integralmente richiamato), ma altresì il frutto di un'istruttoria del tutto carente e inficiata da evidenti errori di fatto, con conseguente richiesta di somme senza dubbio eccessive, se ne rende necessaria l'impugnativa con il presente ricorso, per le seguenti ragioni di

DIRITTO

(i) – **Illegittimità per i motivi di censura indicati nel ricorso principale, che di seguito, per quanto necessario, si riportano sinteticamente, con alcune ulteriori precisazioni:**

1. Illegittimità derivata per violazione del principio di parità di trattamento e dei principi di proporzionalità, ragionevolezza ed eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Il *payback* si traduce, di fatto, in un mancato pagamento autorizzato *ex lege* di alcune delle forniture richieste, ossia in una riduzione unilaterale del prezzo stabilito a seguito di procedure ad evidenza pubblica. L'imposizione di un onere di ripiano del 50% del superamento del relativo tetto di spesa a carico dell'industria è del tutto irragionevole e sproporzionata, dato che tale tetto di spesa non risulta in alcun modo legato alla realtà dei consumi del SSN e neppure risulta commisurato al fatturato delle aziende del settore.

Un'ulteriore grave forma di disparità di trattamento deriva dal fatto che il sistema del *payback* garantisce un illegittimo privilegio alle aziende del settore che forniscono dispositivi medici a strutture private accreditate con il SSN (quindi, in ogni caso gravanti sul bilancio pubblico), rispetto alle aziende che forniscono dispositivi medici agli enti del SSN, rendendo molto più gravoso rifornire enti del Ssn che strutture sanitarie private accreditate.

2. Illegittimità derivata per violazione dei principi tutelati dagli artt. 9 e 32 Cost. in materia di tutela della ricerca scientifica e del connesso obiettivo di tutela della salute dei cittadini. Violazione del principio di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione e di quello di tutela della proprietà privata, di cui all'art. 42 Cost.

Il sistema del *payback* disincentiva le aziende del settore dal rifornire i dispositivi più innovativi e costosi a Regioni soggette a cronici superamenti del tetto di spesa e a strutture sanitarie pubbliche. Di qui il danno grave e potenzialmente irreparabile alla salute di pazienti di strutture sanitarie pubbliche e/o di pazienti residenti in Regioni soggette all'applicazione del *payback*.

Per quanto riguarda la violazione dell'articolo 41 e 42 della Costituzione il

payback rappresenta un illegittimo prelievo operato sulle forniture di dispositivi medici avvenute solo in alcune Regioni, con irragionevole esclusione di altre e unicamente alle strutture sanitarie pubbliche, con esclusione di quelle convenzionate con il SSN. Inoltre, un'applicazione retroattiva del *payback*, a distanza di ben otto anni dall'adozione della legge che lo ha introdotto non consente alcuna programmazione dell'attività di impresa.

3. Illegittimità derivata per violazione del principio di legalità di cui all'art 23 Cost. e dei principi di cui all'art. 53 Cost. (attualità ed effettività della capacità contributiva).

Dovendosi qualificare il *payback* come prelievo fiscale (o comunque come prestazione patrimoniale imposta), palese appare la violazione della riserva di legge di cui all'art. 23 cost, dal momento che l'oggetto dell'imposta non è predeterminato dal legislatore ma dipendente da eventi futuri, imprevedibili e del tutto scollegati dalla capacità contributiva del soggetto passivo.

Il *payback* non tiene peraltro in considerazione alcun credibile indice di capacità contributiva della singola azienda. Invero, i ricavi delle aziende, ossia il fatturato da queste generato, costituiscono dei valori lordi che non tengono in alcun modo in considerazione i costi sostenuti per addivenire agli stessi. Conseguentemente, questi non possono assolutamente costituire espressione di un'effettiva capacità contributiva, poiché per poter quantificare esattamente quest'ultima occorre necessariamente una considerazione anche dei costi sostenuti per poter generare dei ricavi. Si sarebbe cioè dovuto riferirsi ai guadagni effettivi. In sostanza, il sistema è così mal congeniato da sottrarsi ad ogni credibile rapporto di coerenza con il principio costituzionale di capacità contributiva, finendo in realtà per far dipendere l'*an* e il *quantum* della contribuzione da scelte organizzative/politiche regionali, che nulla hanno a che fare con la produzione di ricchezza da parte dell'impresa.

Ma non basta. Anche ammesso e non concesso che un fatturato possa costituire da solo manifestazione credibile di ricchezza, un fatturato di anni fa non potrebbe comunque più svolgere questa funzione: è infatti noto che le leggi tributarie retroattive pongono, anzitutto, un problema di conformità al principio costituzionale di capacità contributiva, dovendo quest'ultima caratterizzarsi per effettività ed attualità. Insomma, la capacità contributiva deve sussistere nel momento in cui la norma che qualifica la fattispecie acquista efficacia all'interno dell'ordinamento giuridico (cfr. ad es., già, Corte cost., 23 maggio 1966, n. 44).

Peraltro, successivamente alla proposizione del giudizio introduttivo, la Consulta (9 dicembre 2022, n. 245) ha sottolineato la particolare rilevanza del principio di omogeneità contenutistica dei decreti legge in relazione a previsioni tributarie o

comunque impositive di contribuzioni economiche. Invero, con riguardo alla tecnica legislativa ed alla violazione dell'art. 77 Cost., la Corte costituzionale, afferma che lo specifico rilievo, in materia, "*delle ordinarie dinamiche del confronto parlamentare*", espressione del principio "*no taxation without representation*", mal si concilia con "*un procedimento legislativo alternativo*", che non sia strettamente giustificato sul piano della omogeneità dell'intervento e delle altre condizioni e presupposti stabiliti dall'art. 77 Cost. Ebbene, l'ultimo intervento in materia di payback dei dispositivi si inserisce in un DL, il n. 115/2022, intitolato "Misure urgenti in materia di energia, emergenza idrica, politiche sociali e industriali". Rimane in effetti un mistero come disposizioni in tema di "Accelerazione delle procedure di ripiano per il superamento del tetto di spesa per i dispositivi medici e dei tetti di spesa farmaceutici" possano dirsi in qualche modo coerenti con il complessivo intervento legislativo, in sostanza chiamato a fronteggiare i complessi problemi posti dall'aumento del costo dell'energia; intervento non a caso definito Decreto Aiuti Bis e che non vede, tra i nove ministri proponenti, quello della Salute. Si vuole forse sostenere che le modalità procedurali di ripiano del superamento dei limiti di spesa regionale per dispositivi medici negli anni 2015-2018 siano in qualche modo connessi con tale problema economico? Così come sfugge quale effettive ragioni straordinarie di necessità e urgenza possano giustificare misure puramente procedurali-acceleratorie, peraltro riferite a situazioni passate, le quali non è dato capire (né è spiegato) perché non avrebbero potuto essere affrontate secondo l'ordinario procedimento legislativo.

4. Illegittimità derivata per violazione dell'art. 401 della direttiva IVA (2006/112/CE del Consiglio), in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari.

In sostanza, questa imposizione tributaria indiretta deve necessariamente ricondursi al modello, comunitariamente disciplinato, dell'IVA. L'art. 401 della direttiva IVA consente il mantenimento o l'istituzione da parte di uno Stato membro di imposte, diritti e tasse gravanti sulle forniture di beni, sulle prestazioni di servizi o sulle importazioni solo se non hanno natura di imposte sulla cifra d'affari. L'imposta qui in questione ha invece esattamente la natura di imposta-prestazione sulla mera cifra d'affari, realizzata sui contratti pubblici di fornitura al SSN. Oggettiva ed irrisolvibile è dunque la violazione del diritto UE.

5. Illegittimità derivata per violazione degli artt. artt. 42 e 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU. Violazione del principio di certezza e prevedibilità delle interferenze statuali sulla sfera patrimoniale privata. Violazione dell'art. 6 CEDU

Tale sistema - così lesivo della certezza del diritto e del legittimo affidamento (il meccanismo del *payback* è strutturato in modo tale che un operatore economico non può mai conoscere *ex ante*, né anche solo stimare con un minimo grado di attendibilità, l'onere economico su di esso effettivamente gravante in modo da poter programmare determinare la propria attività di impresa) e comunque così irragionevolmente invasivo della sfera patrimoniale delle imprese - genera una indubbia illegittima "interferenza" sulla sfera patrimoniale delle imprese e, quindi, sul pacifico godimento del diritto di proprietà tutelato dall'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU.

È infatti noto come, nella CEDU, il concetto di proprietà vada inteso in senso ampio e autonomo, fino a ricomprendere qualsivoglia diritto patrimoniale e aspettativa contrattuale, ivi compresi i contratti di appalto pubblico (C. EDU, II Sez., 19 aprile 2021, *Kurban v. Turchia*, 75414/10, § 76).

Sempre sotto il profilo CEDU, non sfugge, infine, anche la violazione del principio dell'equo procedimento (art. 6 CEDU): difatti, sia che si veda l'obbligo di *payback* come una sorta di sanzione afflittiva (e dunque sostanzialmente penale) per pretese politiche di "approfittamento" del SSN da parte dei fornitori di dispositivi medici, sia che si opti per una natura come provvedimenti determinativi di un diritto civile (ossia appunto il diritto di proprietà quale è la posizione del contraente privato in un appalto secondo la Corte di Strasburgo), resta il fatto che il sistema avrebbe dovuto prevedere un equo procedimento paritario ed in contraddittorio, in cui esaminare, caso per caso (ma sulla base di un quadro normativo chiaro e prevedibile), l'eventuale "approfittamento" (nel caso della Ricorrente peraltro fuori dalla realtà), o comunque la possibilità di intervenire, proporzionalmente e ragionevolmente, imponendo un sacrificio patrimoniale. Insomma, delle determinazioni individuali ed in concreto, nella pienezza del contraddittorio, non affidate invece a scelte politiche generali, francamente irrispettose della posizione (e affidamento) di ciascuna impresa.

6. Illegittimità derivata per violazione dei principi UE della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto, tra l'altro sub specie di imposizione di contribuzioni retroattive. Violazione dell'art. 3 Cost. e dell'art. 1, co. 2 bis, l. 241 del 1990.

Palese è, nel caso di specie, la violazione del principio del legittimo affidamento, in quanto, solo a distanza di sette anni, all'improvviso e senza chiare ragioni, si è deciso di dare attuazione alla disciplina sul *payback* dei dispositivi medici. Si è trattata infatti di un'applicazione retroattiva (la disciplina, definita solo nel 2022, si applica infatti all'equilibrio economico dei rapporti contrattuali relativi al periodo 2015-2018), come tale

capace di travolgere, *ex post*, la programmazione economico-finanziaria delle imprese interessate che si trovano all'improvviso nella enorme difficoltà di far fronte ad inaspettate ma certo pesanti contribuzioni.

In effetti, dato il sistema delle gare con cui vengono acquistati i dispositivi (per sua definizione chiamato all'individuazione dell'offerta migliore sotto il profilo del rapporto qualità-prezzo), l'affidamento sul fatto che l'acquisto pubblico fosse avvenuto effettivamente ad un costo accettato dalla struttura pubblica era totale per l'azienda produttrice ed aveva ragione di esserlo.

Per quanto concerne la violazione del principio del legittimo affidamento e della certezza del diritto, si segnala la recente ordinanza 10263 del 21 novembre 2022 il Consiglio di Stato, nell'ambito di un giudizio concernente concessioni a gestori di giochi e scommesse (sale bingo), che ha rimesso gli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea formulando questioni interpretative su un punto rilevante anche ai fini del presente ricorso. In particolare, il Consiglio di Stato chiede alla Corte di Giustizia se "*gli artt. 49 e 56 del TFUE e i principi di certezza ed effettività della tutela giuridica, nonché il principio del legittimo affidamento ostino a una normativa nazionale (quale quella che rileva nella controversia principale), la quale prevede a carico dei gestori delle sale Bingo il pagamento di un oneroso canone di proroga tecnica su base mensile non previsto negli originari atti di concessione, di ammontare identico per tutte le tipologie di operatori e modificato di tempo in tempo dal legislatore senza alcuna dimostrata relazione con le caratteristiche e l'andamento del singolo rapporto concessorio.*"

7. Illegittimità derivata per violazione dei principi UE di rispetto degli impegni contrattuali (*pacta sunt servanda*) e della certezza del diritto.

Il principio *pacta sunt servanda* che trova piena applicazione anche nei rapporti contrattuali con la PA (si veda ad esempio, Corte eur. giust., 8 settembre 2019, in causa C-526/17), fa divieto di mutare *ex post*, a danno del contraente privato, le condizioni economiche del rapporto, quali determinate a seguito di una procedura di gara. Con il sistema del *payback*, il contraente privato si troverà obbligato a restituire parte del prezzo, sia in relazione al periodo 2015/2018 che, poi, nel futuro svolgimento del rapporto. Trovandosi così costretto anche a prendere atto che appalti - già dai margini risicati (perché aggiudicati tenendo conto anche del prezzo) - divengono, *ex post*, meno profittevoli, o addirittura in perdita.

8. Illegittimità derivata per violazione dell'art. 72 della direttiva UE 2014/24 (divieto di modifiche sostanziali in corso di esecuzione).

L'art. 72, par. 4, della direttiva 2014/24 prevede che "*Una modifica di un contratto*

o di un accordo quadro durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale ai sensi del paragrafo 1, lettera e), quando muta sostanzialmente la natura del contratto o dell'accordo quadro rispetto a quello inizialmente concluso". Ebbene, la profonda materiale alterazione del prezzo conseguente al meccanismo del *payback* (quale sia la natura da attribuirgli, tributo ovvero di altra tipologia di prestazione patrimoniale di tipo ablatorio) è destinata a risolversi proprio in un'alterazione sostanziale della natura del contratto, rendendolo *ex post* economicamente non più sostenibile. I provvedimenti gravati avrebbero dovuto farsi carico del problema, quantomeno escludendo l'applicabilità del sistema ove tale da determinare una modifica sostanziale al contratto, senza prevedere un sistema automatico e insensibile alle specificità di ogni singolo rapporto contrattuale.

9. Illegittimità derivata per violazione dei principi UE di necessaria profittabilità degli appalti pubblici (art. 69, Direttiva 24/2014/UE).

La totale disattenzione all'equilibrio economico del rapporto, passibile di un'unilaterale essenziale mutazione *ex post*, appare altresì in contrasto con il noto principio di divieto di aggiudicazione a prezzi non profittevoli (c.d. offerta anormalmente bassa). Per rendere l'intervento retroattivo e *ex post* sui prezzi compatibile con tale principio, i provvedimenti gravati avrebbero dovuto quantomeno prevedere un *payback* solo nei limiti in cui esso non contrasti, in concreto, con la necessaria profittabilità della fornitura. Mentre tale essenziale profilo risulta totalmente pretermesso, ben accettando, il sistema, che il fornitore sia privato, *ex post*, di ogni giusto profitto e anzi tenuto a operare in perdita.

10. Illegittimità derivata per violazione delle libertà pattizie tutelate dal TFUE, quali direttamente applicabili e comunque richiamate dal primo considerando della Direttiva 24/2014/UE. Violazione del principio della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, nonché dei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

Il *payback* crea un sistema dissuasivo dell'effettivo funzionamento del sistema europeo degli appalti pubblici. Un meccanismo per cui un operatore razionale possa assumersi l'impegno di fornire dispositivi medici, senza sapere se e quanto la fornitura sarà profittevole è infatti inevitabilmente quanto gravemente dissuasivo della partecipazione alle gare, e, con ciò, dell'esercizio delle connesse libertà economiche fondamentali.

Vi è anche un elemento materialmente discriminatorio nei confronti di società

appartenenti a gruppi multinazionali, come la ricorrente, in ultima analisi controllate da investitori stranieri, queste infatti non hanno né possono avere alcuna reale idea di tale specificità italiana, né, ovviamente, sono in grado di (o comunque hanno molte maggiori difficoltà a) seguire l'attuazione del *payback* e di controllare l'esattezza dei relativi dati attraverso cui si quantificano gli sforamenti e i connessi oneri di contribuzione.

11. Illegittimità derivata per violazione dei principi di divieto di misure pubbliche che comportino o favoriscano una alterazione della concorrenza nel mercato, tra l'altro sub specie di aiuti di stato (artt. 107 e 108 TFUE). Violazione del dovere di leale collaborazione degli Stati nei confronti dell'Unione Europea (Art. 4, par. 3, TFUE).

Le misure asimmetriche poste in essere con il meccanismo del *payback*, tali da non colpire in alcun modo chi non sia fornitore del SSN o sia fornitore del SSN solo nelle Regioni che non abbiano sforato il tetto alla spesa per dispositivi medici ed invece da sacrificare fino alla perdita di qualsiasi profitto e alla stessa necessità di forniture in perdita chi invece abbia, per sua sfortuna, vinto gare in Regioni che hanno sforato i limiti di spesa, determina un'evidente alterazione del mercato, e quindi un aiuto di Stato, a favore delle imprese "graziate".

Ma non basta: non sfugge come l'effetto di alterazione del mercato sia ancora più profondo: anche all'interno della medesima regione, chi abbia ottenuto contratti con una marginalità adeguata, se la vedrà sì ridurre, ma senza presumibilmente ritrovarsi *ex post* con un contratto in perdita. Viceversa, chi abbia allo stato contratti con margini bassi, si troverà in perdita, e così destinato a soccombere. La già lamentata scelta di guardare ai ricavi, senza considerare i margini, determina cioè, di per sé, un'alterazione della concorrenza, a favore di chi abbia maggiori margini (presumibilmente destinato a sopravvivere, a differenza delle altre imprese con scarsa marginalità).

Un'ulteriore alterazione, infine, si ha nel confronto di mercato tra Aziende sanitarie pubbliche e Aziende private sanitarie (pur convenzionate), le quali ultime non godono di alcun *payback*.

12. Illegittimità derivata per violazione dei principi generali del diritto dell'Unione Europea, tra cui non discriminazione e buona amministrazione. Violazione dei principi di uguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione tra imprese e proporzionalità, sanciti dagli articoli 16, 41 e 52 della Carta di Nizza.

Evidente l'illegittimo vantaggio accordato in favore di alcune imprese (vale a dire quelle che non operano nelle Regioni soggette a *payback*) a discapito di altre, che pur concorrendo all'aumento della spesa sanitaria, non sono soggette a *payback* in quanto

operanti in determinate aree geografiche (es: Lazio, Campania, Lombardia) o in quanto le stesse riforniscono strutture sanitarie private, seppur anche convenzionate con il SSN. Una tale disposizione viola l'art. 16 della Carte di Nizza, che tutela la libertà di impresa e la libera concorrenza imponendo che qualsiasi sua limitazione avvenga, nel rispetto del principio di proporzionalità, necessaria e risponda effettivamente a finalità di interesse generale.

Le disposizioni normative oggetto di censura, che quantificano retroattivamente e a distanza di ben sette anni gli oneri che le imprese del settore devono versare alle casse regionali a titolo di *payback*, appaiono *ictu oculi* lesive del diritto di veder trattate le questioni di proprio interesse entro un termine ragionevole, come previsto dall'art. 41 della Carta di Nizza.

* * *

Per i motivi sopra esposti si è formulata nel ricorso introduttivo e si rinnova in questa sede la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE e, ove, ritenuto necessario il rinvio degli atti alla Corte Costituzionale.

Inoltre, indipendentemente dai sopra evocati profili di incostituzionalità e di incompatibilità con l'ordinamento comunitario, i provvedimenti attuativi del *payback* (Decreto del Ministro della Salute, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze del 6 luglio 2022 e del Decreto del Ministero della Salute del 6 ottobre 2022) sono pure illegittimi per vizi propri, che si riportano di seguito:

13. Violazione e falsa applicazione dell'art. 9 ter, comma 1, lett. b del decreto legge 19/06/2015, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 125. Difetto di istruttoria e irragionevolezza.

Il decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze del 6 luglio 2022, calcola il *payback* sulla base di presupposti totalmente irragionevoli e ed in violazione del precetto normativo, omettendo di considerare le specificità di ciascuna Regione. Le varie Regioni italiane si differenziano, tra l'altro, notevolmente tra loro con riferimento alla mobilità sanitaria (attiva o passiva), nonché in merito al fatto che in alcune Regioni (es: Lazio o Lombardia) l'offerta sanitaria è in percentuale significativa in mano a soggetti privati. Alla luce di tali differenze, nonché di quelle demografiche e territoriali, non si comprende come possano adottarsi accordi e provvedimenti che indichino in maniera così superficiale tetti di spesa validi per tutte le Regioni. Evidente la carenza di un'adeguata istruttoria da parte delle amministrazioni resistenti nell'individuazione della base imponibile per il *payback*.

14. Violazione e falsa applicazione dell'Art. 3 e 41 Cost. - Eccesso di potere:

irragionevolezza, violazione del principio del legittimo affidamento, disparità di trattamento, contraddittorietà.

Il Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria n. 3/2012) ha precisato che "*a tutela di tale affidamento si richiede che le decurtazioni imposte al tetto dell'anno precedente, ove retroattive, siano contenute, salvo congrua istruttoria e adeguata esplicitazione all'esito di una valutazione comparativa, nei limiti imposti dai tagli stabiliti dalle disposizioni finanziarie conoscibili dalle strutture private all'inizio e nel corso dell'anno*" e che occorre evitare che il taglio tardivamente effettuato possa ripercuotersi sulle prestazioni già erogate dalle strutture nella ragionevole aspettativa dell'ultrattività della disciplina fissata per l'anno precedente. In sostanza, se in nome dell'interesse pubblico al contenimento della spesa è ammissibile un lieve ritardo nella fissazione dei tetti durante l'anno o ad anno inoltrato, l'esercizio di un tale potere discrezionale diviene illegittimo se esercitato dopo otto anni, come nel caso di specie.

15. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 557, della legge 30 dicembre 2018, n. 145. Eccesso di potere - irragionevolezza, contraddittorietà.

La *ratio* dell'art. 1, co. 557, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 è quella di garantire che il *payback* sia attuato solo alle forniture di dispositivi medici e non anche ai servizi - ancillari o meno - che l'aggiudicatario di un appalto debba erogare alla P.A. in base al contratto pubblico. In buona sostanza, il *payback* sui dispositivi medici deve riguardare solo il costo del bene dispositivo medico, mentre va escluso dal computo degli sforamenti il costo di servizi erogati nella stessa gara. Considerato che le gare d'appalto bandite prima del 2019, e magari prorogate dopo la loro scadenza, non prevedono la distinzione tra costo del bene e costo del servizio, diventa complesso il calcolo del *payback* senza dover ricorrere ad approssimazioni che rendano il calcolo un puro esercizio arbitrario.

16. Eccesso di potere - Difetto di istruttoria, di trasparenza e di motivazione.

I gravati provvedimenti ministeriali non chiariscono l'iter seguito dall'Amministrazione ai fini della certificazione dello sfioramento dei tetti di spesa: i calcoli, non resi disponibili, appaiono fin d'ora quantomeno privi della necessaria precisione, opachi e, insomma, francamente inaffidabili ed inesatti.

Atteso che il provvedimento impugnato con i presenti motivi aggiunti è atto strettamente connesso ai provvedimenti gravati con il ricorso originario, ponendosi quale atto esecutivo del sistema del *payback*, l'istante ne deduce l'illegittimità derivata rimandando espressamente ai motivi di diritto del ricorso principale, che si sono sopra

riassunti solo ai fini di più agevole consultazione e che costituiscono parte integrante del presente atto, da intendersi qui richiamati e trascritti, e dal cui accoglimento consegue la illegittimità, anche in via derivata, degli atti ora impugnati.

17. Violazione dell'art. 7 della l. n. 241/1990; Eccesso di potere - difetto di istruttoria e di trasparenza.

17.1. Violazione dell'art. 7 della l. n. 241/1990 e dell'art. 6 CEDU.

Come si è anticipato in narrativa, la Regione Autonoma della Sardegna ha adottato la determinazione gravata senza neppure consentire la partecipazione al procedimento amministrativo degli operatori del settore, a differenza di molte altre Regioni che per contro hanno almeno consentito un veloce confronto con i destinatari del provvedimento finale (si riportano a titolo esemplificativo le comunicazioni pervenute dalla regione Toscana e dalla Regione Marche (**doc. 11 e 12**)).

Sempre più evidente e conclamata appare, dunque, la violazione dell'art. 6 CEDU, ossia del giusto procedimento paritario richiesto per la determinazione dei diritti civili ovvero delle sanzioni afflittive.

Del resto, ferma restando l'illegittimità del sistema *payback*, una tale comunicazione di avvio del procedimento ed il contestuale invito a prendervi parte avrebbe senz'altro consentito un più corretto calcolo del *payback*.

Una tempestiva comunicazione di avvio del procedimento avrebbe consentito di rilevare la problematica evidenziata nella parte in fatto e relativa allo scomputo del costo dei beni da quello dei servizi e, quindi, influire sul contenuto finale del provvedimento.

Si osservi, sul punto, che la ricorrente per gli anni 2015-2018 abbia dovuto fornire anche servizi (di rilevante peso economico) di *training* alle Aziende sanitarie della Regione in relazione a tutti i contratti oggetto di fornitura. AM non si limita, ovviamente, a fornire delle tecnologie, ma si fa carico delle essenziali attività di *training* e della manutenzione.

La comunicazione prevista dall'art. 7 della legge 241/1990 non avrebbe rappresentato, nel caso di specie, un mero adempimento burocratico bensì uno strumento sostanziale ed imprescindibile dal momento che elementi, fattuali o valutativi introdotti in fase procedimentale da AM, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento rivelatosi pregiudizievole per l'istante.

Neppure sarebbero accoglibili eventuali eccezioni da parte dell'Amministrazione resistente circa l'asserita natura vincolata della determinazione. Tali eccezioni sarebbero in primo luogo smentite dal contenuto della stessa determinazione, che nelle premesse afferma candidamente la non affidabilità dei propri calcoli. Inoltre, la determinazione del

payback è frutto di complesse valutazioni che si riferiscono retroattivamente ad anni passati e che necessitano di una compiuta istruttoria prima di essere pubblicati, ferme restando tutte le censure sul sistema di *payback* di per sé del tutto illegittimo.

Peraltro, a poco varrebbe la qualificazione del provvedimento impugnato come vincolato, dal momento che consolidata giurisprudenza precisa che “è illegittimo il provvedimento vincolato emesso senza che sia stata offerta al destinatario dello stesso provvedimento la preventiva “comunicazione di avvio del procedimento” ex art. 7 l. n. 241/1990, ove dal giudizio emerge che l’omessa comunicazione del procedimento avrebbe consentito al privato di dedurre le proprie argomentazioni, idonee a determinare l’emanazione di un provvedimento con contenuto diverso”. Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 26 agosto 2020, n. 750. E ancora “non è rinvenibile alcun principio di ordine logico o giuridico che possa impedire al privato, destinatario di un atto vincolato, di rappresentare all’amministrazione l’inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, esercitando preventivamente sul piano amministrativo quella difesa delle proprie ragioni che altrimenti sarebbe costretto a svolgere unicamente in sede giudiziaria” Consiglio di Stato, sezione III, 14 settembre 2021, n. 6288.

17.2. Difetto di istruttoria.

Al di là della mancata comunicazione di avvio del procedimento, palese e persino dichiarato è il vizio di difetto di istruttoria della Regione Sardegna.

Al riguardo, ai fini dell'adozione del presente provvedimento la Regione ha raccolto i dati comunicati dalle strutture presenti nel proprio territorio (ARES, Arnas Brotzu, AOU Cagliari ed AOU Sassari) ed ha constatato nelle premesse della determinazione impugnata che tali somme non corrispondono (risultando, in tesi, inferiori) "a quanto contabilizzato nella voce «BA0210 - Dispositivi medici» del modello CE consolidato regionale (999) per ciascuno degli anni di riferimento [...] e che sono in corso le verifiche per definire le cause delle discrepanze riscontrate, con la presente vengono richieste alle ditte fornitrici le somme che risultano dovute in base ai dati contabili più favorevoli per le suddette ma, ove a seguito delle verifiche in corso dovesse risultare che quanto dovuto è superiore, si procederà, con successivo provvedimento, a richiedere le ulteriori somme accertate e all'eventuale integrazione dell'elenco delle aziende fornitrici".

In sostanza, vi è un errore in quanto contabilizzato nel bilancio regionale ovvero nelle comunicazioni inviate alla stessa Regione da parte delle strutture sanitarie presenti nel proprio territorio. Poste tali accertate e non controvertibili discrepanze, la Regione invece che condurre una compiuta istruttoria per addivenire al corretto computo del

payback evitando di inserirvi elementi del complesso rapporto di appalto non rientranti nel *payback*, ha omesso completamente tale fase e si è invece affrettata (prima fra tutte le regioni) ad adottare il provvedimento finale, pur ben conscia della non correttezza del computo dei pagamenti ivi riportati.

Ed errati appaiono, fin da subito, anche gli importi imputati ad AM a titolo di fatturato per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017 e 2018. Infatti, come riepilogato nella tabella sottostante e meglio dimostrato attraverso le evidenze contabili allegate (**doc. 13**), il fatturato realizzato in Sardegna da AM è inferiore a quello dichiarato dalla Regione Sardegna e, di conseguenza, anche la determinazione dell'importo preteso a titolo di *payback* dalla stessa Regione Sardegna deve ritenersi, senza alcun dubbio, errata e, quindi, da annullare:

Anno	Importo preteso da Regione Sardegna	Importo calcolato sul fatturato effettivamente realizzato da AM
2015	€ 5.534,17	€ 4.129,00
2016	€ 5.356,09	€ 4.335,00
2017	€ 2.644,62	€ 2.535,00
2018	€ 11.086,67	€ 9.166,00

Tale totale carenza di istruttoria, che è resa evidente anche dal mancato scomputo dei servizi dal totale dei pagamenti richiesti alla ricorrente, appare connessa all'esigenza di iscrivere in tutta fretta nel bilancio dell'anno corrente le somme dovute a titolo di *payback*, senza curarsi troppo dell'esattezza dei calcoli e senza comprendere che tali calcoli errati ed arbitrari sono in grado di mettere in ginocchio imprese del settore che riforniscono la P.A. attraverso il sistema degli appalti pubblici e delle gare al ribasso con marginalità molto basse, causando gravi conseguenze di natura economica e sociale anche per il personale che presta servizio in tali imprese.

17.3. *Violazione e falsa applicazione dell'Art. 3 e 41 Cost. - Eccesso di potere: irragionevolezza, violazione del principio del legittimo affidamento, contraddittorietà.*

Si è detto come il sistema del *payback* incida in maniera pesante e retroattiva sull'attività di impresa, identificando a distanza di quasi otto anni dai fatti il superamento del tetto di spesa per dispositivi medici e l'ammontare delle somme dovute a titolo di *payback* dagli operatori del settore.

La determinazione impugnata è illegittima in quanto gravemente lesiva della libera iniziativa economica, ponendo un irragionevole onere di spesa a carico delle Società, non prevedibile in alcun modo al momento in cui le somme dovute sono

maturate. Al riguardo, ci si chiede come possa una Società valutare la marginalità della propria offerta in gara se a distanza di dieci anni una determinazione regionale sia in grado di annullare qualsiasi tipo di utile di impresa realizzato dall'istante e addirittura a trasformare retroattivamente la prospettiva di un utile con quella di una grave perdita.

Senza voler affrontare in sede giudiziale questioni di politica economica, appare chiaro come illegittime determinazioni di questo tipo, adottate in base alle leggi che appaiono di per sé incostituzionali, mettono a rischio la permanenza di multinazionali come l'istante sul territorio italiano, non potendosi prospettare un'attività di impresa in perdita.

In sostanza, la richiesta di pagamento di somme a titolo di *payback* in via retroattiva è inconciliabile con i principi di cui agli art. 41 e 42 della Costituzione.

17.4. Difetto di motivazione, violazione del principio di trasparenza, difetto di istruttoria e contraddittorietà sotto altri profili. Violazione dei criteri di calcolo legalmente dati. Erroneità della contribuzione richiesta, ampiamente eccedente quanto realmente dovuto.

Come noto, la normativa vigente collega il ripiano stabilito a carico delle aziende all'acquisto di dispositivi medici il cui costo è riportato nei modelli di Conto Economico delle Regioni, con conseguente necessità di non considerare nel conteggio di tale spesa i dispositivi medici ad utilità pluriennale, che rientrano nei modelli di Stato Patrimoniale e di scorporare il costo dei servizi da quello che è propriamente riconducibile al dispositivo medico.

Accade infatti sovente (e sicuramente è accaduto e accade nei contratti sottoscritti da AM con le Aziende sanitarie sarde) che alla fornitura del dispositivo medico si accompagnino servizi di trasporto, di manutenzione e/o di *training*, che vengono fatturati in uno con il dispositivo, secondo quanto peraltro richiesto dalla legge di gara. Esse, però, sono cosa diversa dalla fornitura del dispositivo medico e non devono dunque essere conteggiati ai fini della verifica del superamento del tetto di spesa e poi del ripiano da addossare alle aziende.

Ebbene, al di là di un mero accenno nelle premesse del documento impugnato alla normativa e ai decreti del Ministero della Salute istitutivi del *payback* ed all'obbligo di determinare la quota parte di sfioramento del tetto di spesa a carico delle aziende che commercializzano dispositivi medici, la Regione Sardegna non fornisce alcuna indicazione in merito alla ricostruzione dell'iter logico-giuridico attraverso cui l'Amministrazione stessa e tutti gli enti che insistono sul proprio territorio sono pervenuti alla determinazione del *payback* asseritamente dovuto da AM, consentendo a quest'ultima

di controllare il corretto esercizio del potere ad essa conferito dalla legge e dai decreti impugnati con il presente gravame.

Inoltre, nessuna indicazione è stata fornita in merito alla metodologia utilizzata per i calcoli ed alla modalità di scomputo del valore dei servizi.

Del resto, sono proprio i provvedimenti adottati e gli accordi sottoscritti dalle autorità sarde a certificare che le prestazioni di AM non si sono limitate alla fornitura di dispositivi medici. Al riguardo, a mero titolo esemplificativo, basterà richiamare *ex multis*:

- il contratto con l'AOU di Sassari che imponeva ad AM di assumersi *"ogni responsabilità per danni alle persone, sia terzi sia propri dipendenti, e alle cose che dovessero verificarsi in conseguenza dell'esecuzione delle prestazioni, dei lavori e delle forniture previste dal presente contratto, tenendo perciò sollevata e indenne l'Azienda medesima da qualsiasi pretesa o molestia al riguardo venisse ad essa mossa"* (**doc. 14**);
- le determine adottate dall'AO Brotzu, alla quale premeva chiarire, a scanso di equivoci, che *"il prezzo indicato è comprensivo dell'imballo, carico, scarico, trasporto e ogni altro onere"* (**doc. 15**);
- il contratto con ATS Sardegna rep. 29/2018, ai sensi del quale *"la Ditta aggiudicataria si impegna a fornire adeguata consulenza e corsi di formazione gratuita al personale dell'Azienda [...]"* (**doc. 16**);
- e senza dimenticare poi i costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro che, in ottemperanza al disposto di cui all'art. 95, comma 10 del D. Lgs. 50/2016 (ma era già così ai sensi del precedente art. 82, comma 3 bis del D. Lgs. 163/2006), devono essere specificati in tutte le offerte presentate in procedure di affidamento di tipo pubblicistico e che, di certo, non attengono, nell'ambito delle forniture rilevanti ai fini del *payback*, al costo dei beni.

È allora di tutta evidenza come parte dei ricavi registrati da AM e rilevanti per la quantificazione di quanto dovuto a titolo di *payback* ad enti e aziende del Servizio sanitario regionale della Regione Autonoma della Sardegna sono chiaramente riconducibili ad una componente diversa dai meri prodotti (gli unici ai quali si applica la disciplina del *payback*). Infatti, come sopra specificato, AM, pur sostenendo costi per la fornitura di servizi (come ad esempio i già citati servizi di trasporto, logistica, formazione), non ha mai emesso documenti fiscali né ricevuto pagamenti distinti e

separati per tali attività in quanto, come risulta in atti, le stazioni appaltanti hanno richiesto - e AM ha effettuato - tali prestazioni congiuntamente alla fornitura di beni (come risulta molto chiaramente nell'approfondimento svolto che si allega sub **doc. 17**). Tale valutazione è stata più volte validata anche da numerose stazioni appaltanti nell'ambito dei procedimenti di verifica delle offerte che apparivano, di volta in volta, "anormalmente basse" ai sensi dell'art. 97 D. Lgs. 50/2016. Difatti, ogni qualvolta si sia reso necessario, AM ha sempre fornito, in modo chiaro ed inequivocabile, le spiegazioni sull'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, ma anche e soprattutto, per quanto qui di interesse, ai servizi che sarebbero stati prestati per consentire la fornitura dei dispositivi medici e il loro utilizzo. Tra questi vengono citati i costi per i servizi di trasporto, per i servizi di logistica, per gli oneri di sicurezza, e per il costo del lavoro che include anche i servizi (e.g., *training* al personale o manutenzione dei dispositivi) che il personale di AM fornisce - e non potrebbe essere altrimenti - affinché le stazioni appaltanti e gli operatori sanitari possano compiutamente ed efficacemente utilizzare i dispositivi medici (**doc. 18**).

Al riguardo, consolidata giurisprudenza afferma che "*non può ritenersi che l'Amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato o si verta in ipotesi di attività vincolata (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27 agosto 2012, n. 4610 e sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376).*" Ebbene tale giurisprudenza ci conferma *a contrario* che, in mancanza di alcun elemento che enunci nella parte dispositiva della determinazione impugnata le ragioni logico-giuridiche e le modalità di calcolo utilizzate, la mancanza di motivazione del provvedimento in questione lo rende illegittimo considerato che tale determinazione non ha affatto una natura vincolata. Infatti, come più volte sottolineato, il provvedimento non rappresenta la mera esecuzione della normativa a monte, né delle Linee Guida adottate dal Ministero della Salute il 6 ottobre 2022, ma il frutto di complesse operazioni di calcolo per le quali la stessa Regione Sardegna ha ammesso discrepanze tra i dati alla stessa comunicati e le risultanze del proprio bilancio.

Tali discrepanze sono peraltro confermate dalla sospensione della determinazione impugnata che la Regione Sardegna ha disposto che con la determinazione del direttore generale della Sanità n. 1471 del 12 dicembre 2022 **di cui alle premesse**.

In sostanza, il calcolo effettuato dalla Regione è **erroneo e penalizzante** per AM, e, sintomaticamente, immotivato ed opaco.

In particolare, a bene applicare le (pur illegittime) regole vigenti, AM dovrebbe

vedere rideterminare (al ribasso) il proprio fatturato rilevante come da approfondimento e stime riportate nel doc. 17, al fine di scomputare, in ossequio al disposto normativo, le componenti diverse dai prodotti e valorizzando, ai fini dell'applicazione del *payback*, il solo valore dei prodotti oggetto delle forniture.

17.5. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 18, d.l. 9 agosto 2022, n. 115; violazione del principio di neutralità dell'I.V.A. Irragionevolezza

La determinazione impugnata calcola il *payback* sulla base del fatturato annuo degli operatori economici (inclusa l'odierna ricorrente) al lordo dell'I.V.A.

Ebbene, l'inclusione dell'I.V.A. nel calcolo contravviene al principio della neutralità dell'I.V.A., secondo cui tale imposta è a carico non già del soggetto passivo imprenditoriale, ma del consumatore finale (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 16 dicembre 2021, n. 3514). Al riguardo, il calcolo dell'I.V.A. ai fini del *payback* comporta una illegittima maggiorazione del 22% a carico della ricorrente, scaricando sull'operatore privato anche l'onere fiscale incassato dallo Stato.

* * *

ISTANZA DI AUTORIZZAZIONE ALLA NOTIFICA PER PUBBLICI PROCLAMI

Si premette che ad avviso di questa difesa l'accoglimento del gravame proposto dall'odierna ricorrente non arrecherebbe danno concreto ed attuale ad alcun altro operatore che commercializza dispositivi medici. Tuttavia, per mero scrupolo difensivo, laddove codesto Ecc.mo Tribunale adito ritenesse potenzialmente controinteressate tutte le Società del settore che operano nella Regione resistente, in considerazione dell'elevato numero di controinteressati in tal modo identificabili e l'enorme difficoltà a reperire i rispettivi domicili e l'elevata dispendiosità in termini economici, l'istante chiede di essere autorizzata alla notifica per pubblici proclami sul sito web istituzionale della Regione Autonoma della Sardegna e/o del Ministero della salute.

P.Q.M.

Con espressa riserva di ulteriori motivi aggiunti, si confida che codesto Ecc.mo Tribunale adito voglia accogliere il ricorso proposto e per l'effetto annulli, in tutto o in parte, gli atti gravati, ove necessario:

- previa sospensione del giudizio e rimessione degli atti alla Corte costituzionale affinché questa dichiari l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui all' art. 9 ter, commi 8, 9 e 9 bis, del decreto legge 19 giugno 2015 n. 78, convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, per violazione degli artt. 9, 23, 32, 41, 42 e 53 e 117 della Cost.;
- previa disapplicazione della normativa nazionale ovvero, in via subordinata,

previa sospensione del giudizio e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 del TFUE, affinché la stessa si pronunci sul quesito esposto al motivo n. 13 del ricorso. Con ogni effetto e conseguenza di legge e con vittoria di spese e di onorari.

- Ai sensi dell'art. 13 del D.P.R. 115/2002 e successive modificazioni ed integrazioni si dichiara che il contributo unificato dovuto è pari ad €. 650,00.

Con ogni effetto e conseguenza di legge e con vittoria di spese e di onorari.

* * *

Si producono i documenti elencati nel Foliario e che qui di seguito si riportano

1. Procura in calce;
2. Determinazione della Regione autonoma della Sardegna n. 1356, prot. uscita n. 26987 del 28 novembre 2022;
3. Decreto del Ministero della Salute del 6 ottobre 2022, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 2022;
4. Decreto del Ministro della Salute, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze del 6 luglio 2022;
5. Accordo Stato - Regioni del 7 novembre 2019 (rep. atti n. 181/CSR);
6. Intesa dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome del 14 settembre 2022;
7. Intesa dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome del 28 settembre 2022;
8. Deliberazione n. 530 del 22 maggio 2015;
9. Comunicazione prot. n. 8553/2015;
10. Mobilità sanitaria: la chiave di lettura dell'Agenzia;
11. Comunicazione di avvio dei procedimenti amministrativi finalizzati all'individuazione delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggette al ripiano pervenute dalla regione Toscana;
12. Comunicazione di avvio dei procedimenti amministrativi finalizzati all'individuazione delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggette al ripiano pervenute dalla Regione Marche.
13. Evidenze contabili circa il fatturato realizzato da AM negli anni 2015, 2016, 2017, 2018 in Sardegna.
14. Contratto con AOU Sassari.
15. Determine AO Brotzu.
16. Contratto con ATS Sardegna.

17. Analisi di esperto indipendente in relazione alla parte di prezzo riferibile ai servizi prestati da AM nell'ambito delle forniture dei dispositivi medici.

18. Spiegazioni fornite da AM ai sensi dell'art. 97 D. Lgs. 50/2016.

Sempre in via istruttoria, si chiede all'Ecc.mo TAR di ordinare alla Regione Sardegna e alle Aziende sanitarie per essa certificanti il fatturato rilevante di produrre tutta la documentazione relativa alla determinazione della contribuzione asseritamente dovuta da AM.

Roma, 30 gennaio 2023

Prof. Avv. Francesco Goisis

Avv. Mario Cigno

Prof.ssa Avv. Miriam Allena

Avv. Amalia Scimé