

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER IL LAZIO – ROMA
Sezione III-*quater*

Ricorso per motivi aggiunti
a valere anche quale ricorso autonomo

Nell'ambito del giudizio **r.g. n. 13688/2022**,
proposto nell'interesse di **AMBU S.r.l.** (di seguito, "AMBU" o la "Ricorrente"), con
sede legale in Agrate Brianza (MB), Via Paracelso, 20, Centro Direzionale Colleoni,
C.F. e P.IVA n. 11160660152, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, Dott.
Milko Volanti, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Prof. Wladimiro Troise Mangoni
(C.F.: TRSWDM71D07F839S), Guido Mario Mella (C.F. MLLGMR70A23F205U),
Alberto Buonfino (C.F. BNFLRT85B07F205Y) e Mattia Errico (C.F.
RRCMTT86L26E897O), con domicilio virtuale presso l'indirizzo PEC dell'Avv. Prof.
Wladimiro Troise Mangoni (wtroise@pec-posta.it), giusta delega in calce al presente
atto,

contro

- la **Regione Puglia** (di seguito, la "Regione"), in persona del Presidente della
Giunta Regionale in carica;
- la **Regione Puglia - Dipartimento Promozione della Salute e del Benessere
Animale**, in persona del Dirigente *pro-tempore*;
- l'**Azienda Sanitaria Locale di Bari**, in persona del legale rappresentante *pro-
tempore*;
- **Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani**, in persona del legale
rappresentante *pro-tempore*;
- l'**Azienda Sanitaria Locale di Brindisi**, in persona del legale rappresentante *pro-
tempore*;

- **l'Azienda Sanitaria Locale di Foggia**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*;
- **l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce** in persona del legale rappresentante *pro-tempore*;
- **l'Azienda Sanitaria Locale di Taranto**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*;
- **l'Azienda Ospedaliero Universitaria Ospedali Riuniti di Foggia**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*;
- **l'Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziata Policlinico di Bari**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*;
- **l'Ospedale Specializzato in Gastroenterologia IRCCS Saverio de Bellis**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*;
- **l'Istituto Tumori "Giovanni Paolo II" IRCCS Bari**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*;
- **il Ministero della Salute** (di seguito anche il "Ministero"), in persona del Ministro in carica;
- **il Ministero dell'Economia e delle Finanze**, in persona del Ministro in carica;
- **la Presidenza del Consiglio dei Ministri**, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri in carica;
- **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*;
- **Conferenza delle regioni e delle province autonome**, in persona del Presidente *pro-tempore*;

e nei confronti di

- **Regione Abruzzo**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Basilicata**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Calabria**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Campania**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Emilia-Romagna**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;

- **Regione Autonoma Friuli Venezia-Giulia**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Lazio**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Liguria**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Lombardia**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Marche**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Molise**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Piemonte**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Autonoma della Sardegna**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Siciliana**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Toscana**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Umbria**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Autonoma Valle d'Aosta**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Veneto**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Regione Trentino-Alto Adige**, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica;
- **Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige**, in persona del Presidente della Giunta Provinciale in carica;
- **Provincia Autonoma di Trento**, in persona del Presidente della Giunta Provinciale in carica;
- **Johnson & Johnson Medical S.p.A.**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*;

e con notifica a

- **Confindustria Dispositivi Medici** - Federazione Nazionale tra le imprese operanti nei settori dei Dispositivi Medici e delle Tecnologie Biomediche, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*;

per l'annullamento

- della Determinazione n. 10 del 12 dicembre 2022 del Direttore del Dipartimento Promozione della salute e del benessere animale della Regione Puglia recante *“Articolo 9 ter del D.L. 19 giugno 2015 n. 78 convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1 comma 1, L. 6 agosto 2015, n. 125 e s.m.i.. Attribuzione degli oneri di riparto del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, certificato ai sensi del comma 8 dell’art. 9 ter D.L. 19 giugno 2015 n. 78 convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1 comma 1, L. 6 agosto 2015, n.125 e s.m.i., dal D.M. del Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell’Economia e delle Finanze del 6 luglio 2022, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 15 settembre 2022, serie generale n. 216”* (**doc. 50**) e dei relativi Allegati A (**doc. 51**), B (**doc. 52**) e C (**doc. 53**), della circolare del Ministero della Salute prot. n. 22413 del 29 luglio 2019, recante *“Indicazioni operative per l’applicazione delle disposizioni previste dall’articolo 9-ter, commi 8 e 9, del decreto-legge 18 giugno 2015, n. 78”*, delle deliberazioni dei Direttori Generali delle aziende sanitarie regionali citate nel predetto provvedimento regionale, ancorché dal contenuto non noto, con cui sono stati validati e certificati i fatturati relativi agli anni 2015 – 2018 per singola azienda fornitrice di dispositivi medici, tra cui: Delibera D.G. n. 2188 del 14/11/2022 di ASL Bari, Delibera D.G. n. 1586 del 14/11/2022 di ASL BAT; Delibera D.G. n. 2848 del 14/11/2022 di ASL Brindisi; Delibera C.S. n. 680 del 14/11/2022 di ASL Foggia; Delibera C.S. n. 392 del 14/11/2022 di ASL Lecce; Delibera D.G. n. 2501 del 14/11/2022 di ASL Taranto; Delibera C.S. n. 596 del 14/11/2022 di AOU Ospedali Riuniti di Foggia; Delibera D.G. n. 1148 del 14/11/2022 di AOU Policlinico di Bari; Delibera D.G. n. 565 del 14/11/2022 di IRCCS De Bellis; Delibera D.G. n. 619 del 14/11/2022 di Istituto Tumori Giovanni Paolo II;
- del Decreto Ministeriale emanato dal Ministero della Salute, di concerto con il Ministero dell’Economia e delle Finanze, del 6 luglio 2022, pubblicato in Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 216 il 15 settembre 2022, recante *“Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018”* (**doc. 1**);

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, tra cui il Decreto Ministeriale del Ministero della Salute del 6 ottobre 2022, pubblicato in Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 251 il 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. 2**); dell’atto emanato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri prot. n. 181/CSR del 7 novembre 2019 avente per oggetto “*Accordo, ai sensi dell’art. 9-ter del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sulla proposta del Ministero della salute di individuazione dei criteri di definizione del tetto di spesa regionale per l’acquisto di dispositivi medici e di modalità di ripiano per gli anni 2015-2016-2017 e 2018*” (**doc. 3**), dell’intesa dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome del 14 e 28 settembre 2022 (**doc. 8**), 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. 9**), nonché di ogni altro atto, ancorché non noto, volto a richiedere direttamente o indirettamente alla Ricorrente di ripianare pro quota il predetto superamento dei tetti di spesa, rispetto al quale si fa riserva di proporre motivi aggiunti.

* * *

FATTO

La vicenda portata all’attenzione di codesto Ecc.mo T.A.R. concerne l’impianto normativo e i provvedimenti attuativi emanati dal Ministero della Salute con riferimento al meccanismo di *payback* per il superamento dei tetti di spesa prefissati per l’acquisto di dispositivi medici nell’arco temporale 2015-2018, nonché il provvedimento con cui l’ente territoriale di riferimento ha richiesto il relativo pagamento *pro-quota* alla Ricorrente.

In tale contesto, occorre premettere che la società Ricorrente è una multinazionale operante, per quanto qui d’interesse, nel settore della fornitura di dispositivi medici agli ospedali e alle altre strutture sanitarie.

Al fine di far emergere, da un canto, l’illegittimità da cui sono affetti gli atti gravati e sottolinearne, dall’altro, l’immediata lesività nei confronti della sfera giuridica della

Ricorrente, occorre ricostruire brevemente il quadro normativo e le disposizioni applicative concernenti il cennato meccanismo di *payback*.

In via preliminare, deve rilevarsi come la disciplina in parola, prevista per la prima volta con l. 15 luglio 2011, n. 111 e poi riproposta, con modifiche, nel 2015 (d.l. 19 giugno 2015, n. 78, poi convertito in l. 6 agosto 2015, n. 125), abbia avuto concreto avvio solo con l'emanazione del cd. "*Decreto Aiuti-bis*" (d.l. 9 agosto 2022, n. 115, convertito in l. 21 settembre 2022, n. 142).

Poste queste premesse, il quadro essenziale della disciplina può essere sintetizzato come segue.

L'art. 17 della l. n. 111/2011, di conversione del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 introduceva un tetto alla spesa pubblica in relazione dispositivi medici, fissandolo originariamente al 5,2% del Fondo sanitario ordinario (FSO).

Tale tetto era poi soggetto a ripetute revisioni al ribasso, tali da portarlo dapprima al 4,9%, poi al 4,8% e infine al 4,4% a decorrere dal 2014.

Con l'art. 9-ter, d.l. n. 78/2015 si introduceva l'obbligo, in capo agli operatori privati fornitori di dispositivi medici, di ripianare, attraverso un meccanismo di *payback*, una quota (pari al 40% nel 2015, al 45% nel 2016 e al 50% a decorrere dal 2017) del valore delle forniture dei dispositivi medici eccedente il tetto di spesa rilevato in ciascuna Regione, in misura pari all'incidenza percentuale del fatturato di ciascun operatore sul totale della spesa per i dispositivi medici a carico del SSN.

E ciò, in analogia con il sistema del *payback* già operante per la spesa pubblica farmaceutica a far tempo dal 2007.

Successivamente, nel silenzio del legislatore e in mancanza di provvedimenti attuativi, per quasi cinque anni il meccanismo del *payback* strutturato dal d.l. n. 78/2015 rimaneva privo di applicazione sino al novembre 2019, quando, a seguito del procedimento svoltosi dinanzi alla conferenza Stato-Regioni, con due atti (prot. n. 181 del 7 novembre 2019 [doc. 3] per il 2015, 2016, 2017 e 2018 e prot. n. 182, emanato in pari data, per l'anno 2019), la Presidenza del Consiglio dei Ministri determinava i tetti di spesa per singola Regione (e provincia autonoma).

Tale identificazione dei tetti di spesa regionali – fissata al 4,4 per cento – avveniva, è bene evidenziarlo sin d’ora, oltre quattro anni dopo la previsione normativa recata dal d.l. n. 78/2015 e, conseguentemente, faceva riferimento a un arco temporale ormai trascorso (comprendente gli anni 2015-2018) e a contratti già conclusi ed eseguiti.

Con il Decreto del Ministero Salute del 6 luglio 2022, pubblicato solo il 15/9/2022, veniva finalmente “*certificato il superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale*” e, quindi, veniva formalmente attivato il meccanismo del *payback*, come previsto dal succitato comma 9 dell’art. 9-ter del d.l. n. 78/2015.

Ebbene, a fronte della pubblicazione del citato decreto ministeriale, le imprese fornitrici di dispositivi medici al S.S.N. dovranno rimborsare complessivamente € 416.274.918 per l’anno 2015; € 473.793.126 per l’anno 2016; € 552.550.000 per l’anno 2017; € 643.322.535 per l’anno 2018.

Come se le cifre appena riportate non bastassero a evidenziare la palese abnormità del meccanismo di rimborso addossato agli operatori privati, occorre sottolineare che il d.l. 9 agosto 2022, n. 115 interveniva, da ultimo, prevedendo, da un lato, l’obbligo per ogni Regione di pubblicare l’elenco delle aziende fornitrici soggette all’obbligo di ripiano per ogni anno (entro 90 gg. dalla pubblicazione del decreto ministeriale che accerta il superamento del tetto di spesa) e, dall’altro, introducendo un meccanismo (di assai dubbia tenuta sistematica) di compensazione degli eventuali debiti delle Regioni con i rimborsi pretesi a titolo di *payback*.

In buona sostanza, l’impianto normativo così brevemente riassunto comporta che, a fronte dello “sforamento” di soglie determinate in via retroattiva (solo nel 2019) e riferite a spese autonomamente decise e approvate dalle Regioni a fronte del fabbisogno di dispositivi medici dalle stesse definito, la Ricorrente, in quanto fornitore, si veda obbligata a corrispondere a titolo di “restituzione” una parte del corrispettivo pattuito e già versato relativo ai contratti di fornitura stipulati con gli ospedali negli anni 2015-2018, in esito all’aggiudicazione delle relative gare.

E ciò, senza che tale “restituzione” consegua ad alcun inadempimento, contestazione o sanzione attinente a detti rapporti contrattuali, a oggi esauriti (e rispetto ai cui corrispettivi AMBU ha evidentemente assolto gli obblighi contributivi).

Ma vi è di più. In forza di un'interpretazione a dir poco singolare dei requisiti a tal fine previsti dalla legge, il sistema di *payback* prevede addirittura la compensazione tra debiti e crediti in caso di mancato assolvimento dell'obbligo di restituzione.

Tutto ciò, si badi, al fine di colmare, a spese degli operatori privati, il disavanzo di gestione delle Regioni e delle Province autonome, per la cifra complessiva di oltre due miliardi di euro. In buona sostanza, si tratta di un sistema volto a far “compartecipare” gli operatori privati a spese che, a ben vedere, riflettono inefficienze delle strutture degli enti territoriali deputate alla sanità o, comunque, tali da evidenziare un endemico sottofinanziamento del settore sanitario.

Con particolare riferimento alla Ricorrente, l'applicazione del meccanismo in parola comporterà una “restituzione” di quota dei corrispettivi percepiti sulla base di parametri di riferimento sostanzialmente non noti, perché non puntualmente esplicitati dalle disposizioni normative e attuative di livello nazionale.

Nemmeno il provvedimento regionale in questa sede gravato *sub* doc. 1, che costituisce l'ultimo tassello procedimentale per l'attuazione concreta del *payback* per i dispositivi medici, consente di comprendere univocamente i dati e i parametri posti a fondamento dell'abnorme richiesta di restituzione (pari, nel caso di specie, a € 832.439,92).

In questa situazione, il provvedimento da ultimo emanato – peraltro asseritamente vincolato, sebbene siano stati notificati e depositati centinaia di ricorsi dinanzi a codesto Ecc.mo T.A.R. in ordine al meccanismo previsto dalla normativa e dai provvedimenti nazionali in tema di *payback* e sia stata svolta una importante campagna di informazione volta alla sensibilizzazione della società civile e del Governo – si colloca, alla data di redazione del presente ricorso, nell'ambito di complessive richieste di pagamento *pro-quota* regionali e provinciali rivolte ad AMBU per un totale di circa € 4.000.000.

Non è chi non veda come la Ricorrente si trovi a un bivio.

In quanto società multinazionale, per la quale si pongono evidenti profili problematici relativi agli accantonamenti e alle giustificazioni da rendere in sede di revisione, AMBU è ora costretta, sulla base del provvedimento regionale da ultimo emanato, a valutare attentamente la convenienza della prosecuzione delle attività sul mercato italiano dei dispositivi medici.

I provvedimenti nazionali e regionali gravati, che danno attuazione alla normativa sopra richiamata certificando lo sfondamento dei tetti di spesa, fornendo le “linee guida” propedeutiche all’emanazione dei singoli provvedimenti regionali e provinciali di ripiano, determinando retroattivamente i detti tetti di spesa e richiedendo il relativo pagamento sono direttamente e immediatamente lesivi, nonché palesemente illegittimi, tanto per vizi “propri”, sottoposti alle cure di codesto Ecc.mo T.A.R., quanto *ipso facto*, per la loro derivazione da un sistema normativo profondamente iniquo e draconiano come quello qui considerato.

A tal proposito, si anticipa – come meglio articolato nella relativa istanza in calce al ricorso – che paiono numerosi e fondati i profili di incostituzionalità che affliggono la normativa posta a fondamento del *payback*; del pari, plurimi sono i dubbi di compatibilità della disciplina legislativa e attuativa di detto meccanismo con i principi dell’ordinamento comunitario, pure evidenziati nell’istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, proposta in calce.

Per tutte le ragioni più sopra prospettate, AMBU, quale destinataria delle abnormi regole dettate dall’impianto normativo e dai provvedimenti in epigrafe al fine di ripianare *ex post* i tetti di spesa, è costretta a impugnare detti provvedimenti, che si palesano chiaramente illegittimi, in uno con la parimenti illegittima richiesta regionale di pagamento delle somma determinata *pro-quota*.

DIRITTO

Posto che è consentita l’impugnazione di provvedimenti anche onde far valere l’illegittimità costituzionale della normativa su cui essi trovano fondamento, ragioni di coerenza logico-giuridica impongono di muovere, prima che dagli specifici profili d’illegittimità dei singoli provvedimenti gravati, dalla illegittimità costituzionale della disposizione posta a base dell’intera disciplina del *payback*, l’art. 9-ter, d.l. 78/2015, su cui i provvedimenti si fondano.

ISTANZA DI RIMESSIONE DEGLI ATTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE

Qualora codesto Ecc.mo T.A.R. ritenga che l’unica interpretazione possibile dell’art. 9-ter del d.l. n. 78/2015, convertito con modificazioni in l. n. 125/2015 e

ulteriormente modificato dall'art. 18, d.l. n. 115/2022 sia nel senso di ritenere assoggettate *tout-court* le imprese fornitrici di dispositivi medici alla disciplina del *payback* in forza dell'applicazione retroattiva di quest'ultimo ai contratti conclusi negli anni 2015-2018, emergerebbe l'illegittimità costituzionale del predetto art. 9-ter, sui quali si fondano i provvedimenti gravati.

Da ciò deriva la richiesta, ai sensi dell'art. 23 l. 87/1953, di voler sospendere il presente giudizio e demandare alla Consulta la verifica della legittimità costituzionale del richiamato art. 9-ter che, interpretato nel senso dell'applicabilità del meccanismo ivi previsto ai contratti stipulati tra il 2015 e il 2018 si palesa in contrasto con *i)* l'art. 3, Cost. per violazione dei principi generali dell'irretroattività, della certezza giuridica e del legittimo affidamento, *ii)* gli artt. 7 e 1, prot. 1 CEDU, in relazione con l'art. 117, c. 1, Cost. nonché con *iii)* l'art. 41, c. 1, Cost. e con *iv)* l'art. 23 e l'art 53, Cost.

1. Sulla rilevanza della questione

Appare integrato il requisito della rilevanza, vale a dire il necessario “*nesso di pregiudizialità tra il giudizio principale e il giudizio costituzionale che implica che la norma censurata debba necessariamente essere applicata nel primo e che l'eventuale illegittimità della stessa incida sul procedimento principale*” (così, *ex multis*, Corte Cost., 22 maggio 2013, n. 91).

L'eventuale pronuncia di accoglimento dell'istanza, infatti, avrebbe necessariamente effetti sul presente giudizio, poiché, riconoscendo l'illegittimità costituzionale della normativa in esame, farebbe venire meno i presupposti legislativi su cui si fondano i provvedimenti impugnati.

2. Sulla non manifesta infondatezza della questione

Tanto nella sua formulazione originaria, quanto in quella oggi risultante dall'intervento del citato art. 18, d.l. n. 115/2022, la norma censurata impone retroattivamente la restituzione di somme legittimamente percepite dai privati fornitori di dispositivi medici, riferite a contratti già conclusi ed interamente eseguiti, apparendo in serio contrasto con plurimi principi di rilevanza costituzionale e sovranazionale, che vengono in rilievo quale espressione delle seguenti disposizioni recate dalla Carta Fondamentale.

(i) contrasto con l'art. 3 Cost. per violazione dei principi generali dell'irretroattività, della certezza giuridica e del legittimo affidamento e per disparità di trattamento.

L'applicazione della disposizione in parola risulta incompatibile con i canoni generali dell'irretroattività, della certezza giuridica e del legittimo affidamento, pacificamente riconosciuti quali “*fondamentali valori di civiltà giuridica*” dal Giudice delle Leggi, che ne evidenzia la rilevanza costituzionale in quanto espressione dei principi sottesi all'art. 3 Cost. (Corte Cost., 5 ottobre 2016, n. 276).

Nel caso di specie, invero, la disciplina censurata, ove applicata, inciderebbe su rapporti giuridici già conclusi ed esauriti; il che appare in diretto e insanabile contrasto con la chiara e condivisibile impostazione della Consulta circa l'illegittimità di interventi *ex post* su situazioni giuridiche definite.

In altri termini, l'art. 9-ter pretende di aver effetti su rapporti contrattuali ormai definiti (gli appalti di fornitura per gli anni 2015-2018), giungendo quindi a imporre una vera e propria riscrittura in via retroattiva dei termini economici dei cennati contratti, prevedendo, da ultimo, un meccanismo di compensazione tra i debiti delle Regioni e i crediti (pretesi a titolo di *payback*) in caso di inadempimento degli operatori privati.

Si ravvisa pertanto quell'ipotesi di retroattività cd. “propria” nella quale gli effetti della disposizione retroattiva incidono su rapporti giuridici consumatisi anteriormente all'emanazione della stessa, da contrapporsi alla retroattività “impropria” (o “pseudo-retroattività”), che consiste, viceversa, nell'incisione, da parte dell'intervento normativo, su fattispecie venute in essere nel passato, ma non ancora esauritesi (sulla distinzione tra retroattività “propria” e “impropria”, cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2022, n. 1093; Cons. Stato, Sez. VI, 24 aprile 2017, n. 1908).

La retroattività propria, che rileva nel caso di specie, riconnette quindi conseguenze giuridiche a fatti avvenuti e definitivamente esauritisi nel passato.

Se è vero, in via di principio e con solo riferimento alle leggi dotate di un'efficacia retroattiva impropria, che il legislatore può derogare al canone di irretroattività, va pure ricordato che, per giurisprudenza consolidata, tale deroga può legittimamente operare solo in casi eccezionali e tassativi, previa adeguata e ragionevole motivazione, così come

puntualmente affermato dalla Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost., 14 gennaio 1977, n. 13; Corte Cost., 28 luglio 1976, n. 194).

Per contro, la Corte Costituzionale ritiene radicalmente contraria al quadro dei valori costituzionali l’emanazione di leggi caratterizzate da un’efficacia retroattiva propria, ossia di atti normativi che dispieghino la propria efficacia nei confronti di condotte e rapporti giuridici ormai conclusi, per aver dispiegato compiutamente tutti i loro effetti giuridici.

A conferma di tali osservazioni, il Giudice delle Leggi ha a più riprese precisato che *“l’efficacia retroattiva della legge trov[a], in particolare, un limite nel «principio dell’affidamento dei consociati nella certezza dell’ordinamento giuridico», il mancato rispetto del quale si risolve in irragionevolezza e comporta, di conseguenza, l’illegittimità della norma retroattiva (sentenze n. 170 e n. 103 del 2013, n. 271 e n. 71 del 2011, n. 236 e n. 206 del 2009, per tutte)”* (così, Corte Cost., 2 aprile 2014, n. 69; in tema, anche Corte Cost., 4 novembre 1999, n. 416).

Da ciò discende, come pure ha ricordato recentemente il supremo consesso amministrativo (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 1093/2022, cit.), che l’emanazione di disposizioni sopravvenute non può in alcun caso *“trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l’affidamento del cittadino nella sicurezza pubblica [recte: giuridica]”* (così, Corte Cost., 5 dicembre 2017, n. 267; nello stesso senso, da ultimo, Corte Cost. 6 febbraio 2019, n. 54, che definisce l’affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica *“elemento fondamentale dello Stato di diritto”*).

La centralità del canone di certezza del diritto si spiega avendo riguardo al fatto che tale principio è posto a tutela della prevedibilità delle conseguenze che l’ordinamento ricollega a determinate condotte, qualora sia prevista l’intermediazione dell’esercizio di un potere autoritativo.

Del pari, il correlato corollario del legittimo affidamento, che trova copertura costituzionale nell’art. 3, Cost., *“«da considerarsi ricaduta e declinazione “soggettiva” dell’indispensabile carattere di coerenza di un ordinamento giuridico, quale manifestazione del valore della certezza del diritto» (da ultimo, sentenza n. 136 del 2022)”* (così, Corte Cost., 21 giugno 2022, n. 188) impedisce che vengano rimesse in discussione all’infinito fattispecie ormai

consolidatesi per il decorso del tempo, costituendo un canone di ragionevolezza posto a tutela della certezza dei rapporti giuridici, nel rispetto delle scelte poste in essere dal privato – e, come è accaduto nel caso di specie, addirittura concordate con la pubblica amministrazione – sulla base del quadro normativo.

La rilevanza del principio del legittimo affidamento, nella sua intima correlazione con il canone di certezza giuridica, è del resto puntualmente riconosciuta anche sul piano sovranazionale, trovando piena conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ne ha evidenziato il valore fondante e imprescindibile rispetto all'ordinamento UE (cfr. CGUE, 3 giugno 2008, causa C-308/06, Intertanko; Id. 7 giugno 2005, causa C-17/03, VEMW).

Più di recente, la Corte di Giustizia ha ribadito – in punto di oneri finanziari – che *“il principio della certezza del diritto, il cui corollario è il principio della tutela del legittimo affidamento, richiede, in particolare, che l'applicazione delle norme giuridiche sia prevedibile per coloro che vi sono sottoposti. Tale necessità s'impone con rigore particolare quando si tratta di una normativa idonea a comportare oneri finanziari, al fine di consentire agli interessati di conoscere con esattezza l'estensione degli obblighi che essa impone loro (v. sentenza 10-settembre-2009, causa C-201/08, Plantanol, (...) punto-46 (...))”* (così, CGUE, 2 dicembre 2009, causa C-358/08, Aventis Pasteur SA, punto 47).

La centrale rilevanza del canone di affidamento legittimo in fattispecie interessate dalla fissazione retroattiva di tetti minimi di rimborso (in materia di strutture sanitarie accreditate) è stata, del resto, puntualmente riconosciuta da quella giurisprudenza amministrativa che ha precisato come *“la retroattività dell'atto di determinazione della spesa non vale ad impedire agli interessati di disporre di un qualunque punto di riferimento regolatore per lo svolgimento della loro attività”* (così, Cons. Stato, Ad. Plen., 2 maggio 2006, n. 8).

Lo stesso Consiglio di Stato ha mostrato di valorizzare il canone in parola, in uno con il principio della certezza giuridica, laddove, sempre con riferimento alla rimodulazione di tetti di spesa rispetto al cui importo vi fosse già (come invece non avviene nel caso i disamina) una previa conoscibilità da parte degli operatori privati, ha opportunamente precisato che *“[l]a tutela delle legittime aspettative degli operatori privati, in coerenza con il fondamentale principio di certezza dei rapporti giuridici, riposa, in primo luogo, sulla valorizzazione dell'affidamento degli operatori economici, sottolineato dalla decisione n. 8/2006 di questa*

Adunanza, sull'ultrattività dei tetti già fissati per l'anno precedente, salve le decurtazioni imposte dalle successive norme finanziarie. La tutela di tale affidamento richiede, pertanto, 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. Più in generale, 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, nonché esige una motivazione tanto più approfondita quanto maggiore è il distacco dalla prevista percentuale di tagli" (così, Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2012, n. 4).

Da ultimo, la violazione dell'art. 3, Cost. sul piano del trattamento degli operatori del mercato è palese: la disposizione qui censurata colpisce le sole imprese fornitrici di dispositivi medici e non i soggetti operanti in altri settori; per di più, anche nell'ambito del medesimo settore di riferimento, è chiaro che la disparità di trattamento in disamina emerge puntualmente, laddove si consideri che la disciplina recata dall'art. 9-ter incide diversamente a seconda che una determinata impresa fornisca o meno dispositivi medici riconducibili al meccanismo del *payback* (e rispetto a tale profilo, nulla è specificato nella disposizione).

Ancora, emerge una palese disparità di trattamento in forza dell'applicazione generalizzata del *payback* su base regionale: non è previsto alcun meccanismo di compensazione tra le Regioni per il superamento dei tetti stabiliti, né alcun sistema di riequilibrio fondato sul regime della mobilità sanitaria interregionale o, comunque, alcun riconoscimento delle specificità regionali (posto che in alcune Regioni i soggetti privati accreditati svolgono un ruolo più rilevante che in altre), di cui il legislatore non ha minimamente tenuto conto. Il che comporta la penalizzazione degli operatori che forniscono (*rectius*: hanno fornito tra il 2015 e il 2018) dispositivi nelle sole Regioni soggette a sfioramento (quand'anche, in ipotesi, un determinato sfioramento di una certa Regione sia "dovuto" a un afflusso di pazienti da altra Regione, la quale però ripiani l'eccesso di spesa del primo ente territoriale in base agli accordi di compensazione interregionale) .

Inoltre, pure l'applicazione del *payback* alle sole forniture a enti del servizio sanitario nazionale (con esclusione, cioè, delle forniture a strutture sanitarie accreditate con il SSN,

che pure concorrono anch'esse alla complessiva spesa pubblica sanitaria) conduce a una distorsione su base regionale della libertà di impresa e del diritto alla salute: in sostanza, è del tutto irragionevole che gli operatori che riforniscono le strutture pubbliche siano svantaggiati rispetto a quelli che, invece, si interfacciano con le strutture private, ancorché le dette strutture siano comunque totalmente rimborsate dal Servizio Sanitario Nazionale (e le forniture loro attribuite siano quindi, in ultima analisi, a carico del pubblico mediante il regime di accreditamento).

Evidentemente, la disparità di trattamento che ne occupa si riverbera sui mercati di riferimento regionali e, da ultimo, sulla fornitura dei dispositivi medici ai pazienti e sul loro diritto alla salute, posto che la normativa sul *payback*, per come congegnata e attuata a livello nazionale (e regionale) disincentiva gli operatori a concludere contratti di fornitura con Regioni ad alto rischio di sfornamento o soggette, negli anni, a sfornamento “cronico”, mettendo quindi a rischio la partecipazione alle gare pubbliche in aree “meno virtuose” e, con ciò, anche la fornitura di dispositivi medici ai cittadini residenti in quegli ambiti territoriali.

L'applicazione delle coordinate costituzionali alla fattispecie fa emergere un quadro di assoluta incertezza in capo alla Ricorrente: il meccanismo del *payback* previsto dalla disposizione della cui costituzionalità si dubita è rimasto per anni incerto nell'*an*, nel *quantum* e nel *quomodo*.

In questa situazione, la Ricorrente, nell'esercizio della propria iniziativa imprenditoriale costituzionalmente tutelata, ha concluso numerosi contratti dal rilevante valore economico, senza la benché minima possibilità di sapere se, in che misura e in qual modo il meccanismo previsto in via legislativa sarebbe mai stato reso operativo. Dopo anni dalla conclusione e dalla esecuzione di detti contratti, la disciplina censurata pretende ora di obbligare AMBU a rimborsare parte delle somme legittimamente percepite.

I menzionati profili della irretroattività, della certezza giuridica e del correlato affidamento legittimo del cittadino a che la propria iniziativa imprenditoriale sia fondata su un quadro normativo certo e prevedibile costituiscono poi, evidentemente, espressione del più ampio principio di legalità, riconosciuto non solo sul piano interno, ma anche sul versante sovranazionale e internazionale.

È evidente, pertanto, come l'applicazione della disposizione censurata, in quanto prevede l'incisione retroattiva su rapporti conclusi e la sottoposizione degli operatori privati a un illegittimo meccanismo di compensazione, rappresenti la vera e propria negazione dei canoni di legalità e certezza dell'ordinamento, come sin qui declinati, il cui stravolgimento appare dunque palese.

(ii) contrasto con gli artt. 1, prot. 1 e 7, CEDU, in relazione con l'art. 117, c. 1 Cost.

È ben noto che a partire dalla Sentenze nn. 348 e 349 del 2007, la giurisprudenza costituzionale ritiene pacificamente che le norme della CEDU – così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – *“integrino, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali”* (Corte Cost., 2 aprile 2012, n. 78).

Tanto premesso in merito al rapporto tra l'art. 117, c. 1, Cost. e le disposizioni convenzionali, l'applicazione retroattiva dei tetti di spesa definiti nel 2019 in forza dell'art. 9-ter, d.l. n. 78/2015 (come modificato con il d.l. n. 115/2022) risulta in contrasto con l'art. 1, prot. 1 CEDU, posto a tutela dell'integrità patrimoniale e del pacifico godimento dei propri beni e con l'art. 7, CEDU, posto a tutela del principio di legalità.

Invero, le stesse garanzie assicurate dalla Convenzione europea riposano sul comune fondamento del principio di legalità e della *lex certa et praevia*, per le medesime ragioni evidenziate *supra* con riferimento all'ordinamento interno, come da ultimo evidenziato dalla Corte EDU proprio con riguardo ai diritti nascenti da un appalto pubblico (Corte EDU 75414/10, Sez. II, 19 aprile 2021, *Kurban c. Turchia*).

In particolare, la tutela della proprietà, intesa nel senso ampio e autonomo proprio della Convenzione, cioè come ricomprensiva sia i “beni esistenti”, sia i diritti patrimoniali (ivi inclusi i crediti in relazione ai quali il soggetto possa vantare una *espérance légitime*) non può prescindere da una valutazione circa la legalità in concreto del pubblico agire.

In tal senso, la Corte EDU ha valorizzato il principio di legalità anche con riferimento alla tutela dei beni: *“il canone, contenuto primariamente nell'art. 7 della Convenzione”* si trova *“anche, [...] nel requisito della legalità di cui all'art. 1, Protocollo 1, per cui solo la legge può definire un reato e prevedere una pena”* (Corte EDU, 14902/04, Sez. I, 8 marzo 2012, *Yukos*).

La giurisprudenza di Strasburgo è ferma nel ritenere che l'ingerenza dei pubblici poteri sul pacifico godimento dei 'beni' deve sempre essere connotata da un giusto equilibrio tra le esigenze d'interesse generale e la salvaguardia dei diritti del soggetto inciso e che, evidentemente, deve sussistere un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e il fine perseguito dal provvedimento. (Corte EDU, 43549/08, 6107/09, 5087/09, Sez. II, 7 giugno 2011, Agrati; in tema di contratti pubblici, anche Corte EDU, 75414/10, Kurban, cit.).

Anche sotto questo profilo, l'applicazione retroattiva dei tetti di spesa in forza della disposizione della cui legittimità costituzionale si dubita porrebbe in serio pericolo l'integrità patrimoniale dell'odierna Ricorrente, la cui sfera giuridica verrebbe irrimediabilmente lesa *ex se* dal mantenimento in vigore di un parametro normativo non coerente con l'impianto costituzionale e suscettibile di essere posto a base – come in effetti è stato – dei provvedimenti regionali di *payback*. E ciò, anche considerando che la determinazione del *payback* dipende dalla quantificazione del tetto di spesa fissato per le forniture di dispositivi medici e non è collegato ad alcuna effettiva e puntuale valutazione dei consumi propri del SSN. In assenza di un criterio univoco e previamente noto, la determinazione di un tetto di spesa per i dispositivi medici per una certa annualità è imprevedibile da parte degli operatori privati.

I principi in parola debbono venir rispettati nell'ordinamento interno non solo in virtù di quanto osservato con riferimento all'art. 1 prot. 1 CEDU, ma pure da quanto disposto dall'art. 7 CEDU in relazione ai provvedimenti sanzionatori e lesivi della sfera soggettiva privata.

Tali canoni rappresentano infatti un irrinunciabile fondamento di ogni sistema normativo specie ove, come nel presente caso, i provvedimenti impugnati stabiliscano la sottoposizione a obblighi tanto onerosi, siccome dotati di particolare afflittività.

A conferma di tali osservazioni la prevalente dottrina evidenzia come, ai sensi della Convenzione, “*una misura [...] deve dirsi penale ove anche presenti un contenuto e delle finalità non punitive in senso stretto ma, ad esempio, ripristinatorie e di cura in concreto dell'interesse pubblico [...] purché si caratterizzi [...] per una significativa gravità di stampo penalistico*” (Goisis, *La tutela del*

cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo, Torino, III ed. 2018, 7).

Dette considerazioni sono condivise pure dalla giurisprudenza di Strasburgo, che ha precisato come “*la garanzia che sancisce l’articolo 7, elemento essenziale della preminenza del diritto, occupa un posto fondamentale nel sistema di protezione della Convenzione*”, (così, espressamente, Corte EDU, 75909/01, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia*), confermando pertanto che “[l]a Corte ha dunque il compito di assicurarsi che, nel momento in cui un imputato ha commesso l’atto che ha dato luogo al procedimento e alla condanna, esistesse una disposizione legale che rendeva l’atto punibile, e che la pena imposta non abbia ecceduto i limiti fissati da tale disposizione” (Cfr. anche *Murphy v. United Kingdom*, 4681/70, decisione della Commissione del 3 e 4 ottobre 1972; Corte EDU, 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, 22 giugno 2000, *Coëme et autres c. Belgique*).

Alla luce di quanto osservato, l’applicazione della disciplina recata dall’art. 9-ter, si palesa in serio contrasto con le garanzie riconosciute dall’art. 1, prot. 1 e dall’art. 7 CEDU in relazione con l’art. 117 c. 1 Cost., cagionando alla Ricorrente conseguenze gravemente pregiudizievoli derivanti da un imprevedibile mutamento del quadro normativo comportante conseguenze abnormi e irragionevoli – non previamente prevedibili nell’an e nel quantum – sui corrispettivi di contratti aggiudicati mediante regolari procedure di gara, ormai conclusi e portati a integrale esecuzione, in violazione pure del principio *pacta sunt servanda*.

Non è revocabile in dubbio, pertanto, che l’applicazione dell’art. 9-ter quale fondamento normativo della disciplina del *payback* integri *ex se* una manifesta violazione del canone di legalità, che consacra il principio della previa conoscibilità delle conseguenze giuridiche di un’azione – nella fattispecie in esame, avente l’effetto della costituzione di un rapporto giuridico contrattuale concordato con la pubblica amministrazione – e che osta a una modifica *ex post*, unilaterale e imprevedibile, della situazione giuridica previamente definita e vieppiù esauritasi nei suoi effetti.

(iii) contrasto con l’art. 41, c. 1, Cost.

Si rileva altresì che la disposizione gravata si pone in contrasto con l’art. 41 c. 1 della Costituzione, comportando un’illegittima compressione della libertà d’iniziativa

economica della Ricorrente e privandola della libertà di organizzare e di gestire l'impresa secondo criteri di economicità, libertà garantite e tutelate proprio dall'art. 41 Cost. (cfr. Corte Cost., 18 novembre 1991, n. 420).

Secondo l'insegnamento di Tullio Ascarelli, il Costituente con il dettato dell'art. 41 Cost. ha superato definitivamente la "concezione funzionale dell'impresa" di stampo corporativistico. Ciò significa che, nel rispetto dei valori tutelati dal comma 2 del citato art. 41, nella fattispecie in alcun modo posti in pericolo, le scelte imprenditoriali concretizzatesi in rapporti giuridici costituiti contrattualmente con la pubblica amministrazione non possono essere rivisti unilateralmente dalla parte pubblica per meri fini di riparametrazione della spesa pubblica. Ciò che comporterebbe, appunto, una funzionalizzazione dell'impresa privata secondo finalità pubbliche.

L'applicazione dell'art. 9-ter attuata, da ultimo, con il provvedimento dell'ente territoriale impugnato impone ad AMBU un esborso tale da incidere non solo sul patrimonio della società, ma anche sulle scelte imprenditoriali della stessa alla luce dell'impatto economico del *payback* sui bilanci societari; peraltro, tale importo è stato quantificato dall'ente territoriale sulla base di dati e calcoli tutt'altro che conoscibili e predeterminati.

La pretesa di configurare un obbligo di *payback* (da calcolarsi al lordo dell'I.V.A.) in capo a un'impresa, in ragione di condotte perfettamente legittime e anzi protette dall'ordinamento – come la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica e la sottoscrizione dei relativi contratti all'esito dell'esperimento dell'iter di gara – senza che vi si accompagni un inadempimento o una violazione della normativa, è idonea a pregiudicare le libertà e le facoltà costituzionalmente riconosciute dall'art. 41 (e ora positivizzate anche, sul piano europeo, dall'art. 16 della Carta dei diritti Fondamentali dell'UE). E ciò, ancora di più, nel caso di contratti pubblici stipulati a valle della determinazione unilaterale delle Regioni circa il relativo fabbisogno di dispositivi medici e rispetto ai quali la controparte contrattuale privata non ha alcuna possibilità di interloquire, nemmeno nell'ambito delle procedure di gara.

Se a tutto quanto sinora considerato si aggiunge poi la previsione del più volte richiamato meccanismo di compensazione tra debiti e crediti, da ultimo introdotto nel

corpo dell'art. 9-ter, d.l. n. 78/2015, la violazione dell'art. 41, Cost. – inteso quale baluardo a tutela dell'iniziativa economica e imprenditoriale – si fa davvero manifesta.

(iv) contrasto con l'art. 23 e l'art. 53, Cost.

Considerando che il meccanismo di *payback* per come ideato dal legislatore (e attuato a livello nazionale e regionale) si sostanzia in un prelievo fiscale (o, comunque, ha natura di prestazione patrimoniale imposta), appare violato l'art. 23 Cost., in base al quale il prelievo fiscale (come pure qualunque prestazione imposta) può fondarsi solo sulla legge. Il significato della disposizione costituzionale è noto: le scelte di politica tributaria sono riservate (sia pur con riserva di legge relativa) al legislatore ordinario.

Il sistema di *payback* delineato dal legislatore e dai provvedimenti attuativi appare palesemente contraddire il precetto costituzionale, dato che l'oggetto dell'imposta non è predeterminato dal legislatore, ma dipendente da eventi futuri, imponderabili e in alcun modo riferibili alla capacità contributiva del soggetto passivo. L'oggetto dell'imposta (l'eventuale sfioramento dei tetti di spesa) non è indentificato dal legislatore neppure con riferimento ad un fabbisogno “storico” delle Regioni, ma solo *ex post*, per mezzo di una successiva fonte secondaria, e senza che le disposizioni normative della cui costituzionalità si dubita abbiano indicato puntualmente quali tipologie di dispositivi medici rientrino nel campo di applicazione del *payback*. Sicché, è del tutto mancata una effettiva (ma necessaria) predeterminazione legislativa dei profili essenziali della prestazione patrimoniale poi richiesta dall'ente territoriale nel dicembre 2022.

L'art. 9-ter, d.l. n. 78/2015 della cui legittimità costituzionale si dubita appare pure in evidente contrasto con i principi stabiliti in materia tributaria dall'art. 53, Cost.

E ciò, in ragione del fatto che le disposizioni in parola, ove intese nel senso di identificare nel *payback* un meccanismo di natura tributaria, costituiscono una vera e propria prestazione patrimoniale, surrettiziamente imposta ai soggetti fornitori di dispositivi medici in aggiunta agli ordinari obblighi contributivi.

Considerando che la disposizione censurata si riferisce *tout court* al fatturato e non all'utile conseguito, è evidente che la stessa non si correla all'effettiva capacità contributiva del singolo operatore del mercato, poiché richiama un valore lordo che non consente di tenere conto delle spese sostenute dall'impresa.

Alla luce di tutto quanto osservato, la scrivente difesa ritiene di aver adeguatamente dimostrato la non manifesta infondatezza della questione sollevata, in ossequio con il costante insegnamento della Corte Costituzionale (Corte Cost., 10 marzo 2015, n. 70).

*** **

ISTANZA DI RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

I. Si chiede altresì al Collegio di valutare la proposizione di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267, TFUE circa il perimetro d'applicazione dell'art. 116, T.F.U.E.

II. L'incompatibilità tra le coordinate euro-unitarie e il dettato dell'art. 9-ter, d.l. n. 78/2015, si fonda su ragioni di principio, che coinvolgono in via sistematica il rapporto tra la normativa europea e la disposizione qui censurata.

Basti ricordare che il modello dell'integrazione tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale comporta l'osservanza, da parte degli operatori del diritto interno (ivi compreso il legislatore), del principio dell'interpretazione conforme al diritto sovranazionale.

Tale principio si traduce, in sostanza, nel dovere di interpretare le disposizioni nazionali in modo coerente con le prescrizioni, i parametri di riferimento e gli obiettivi ultimi stabiliti nell'ordinamento comunitario (cfr. CGUE, C-555/07, GS, 19.01.2020, *Küçükdere*).

D'altro canto, la necessità di interpretare il diritto nazionale in modo compatibile con il sistema europeo è una caratteristica fondamentale e imprescindibile del rapporto tra ordinamenti, rimarcata dalla stessa Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost., 8.6.1984, n. 170, *Granital*).

III. A maggior ragione, la facoltà di mantenere (o di introdurre *ex novo*) nell'ordinamento interno disposizioni nazionali più severe rispetto a quelle previste in sede europea incontra l'insuperabile limite della compatibilità delle disposizioni interne più stringenti con il Trattato.

Perché sia assicurata la compatibilità con il diritto UE, la disciplina nazionale recata dall'art. 9-ter, d.l. n. 78/2015 deve essere interpretata alla luce dell'art. 116, T.F.U.E., che,

in applicazione dei principi stabiliti dall'art. 26, T.F.U.E. in materia di realizzazione del mercato interno (e tenendo conto della competenza esclusiva dell'UE nella definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno), stabilisce che “[q]ualora la Commissione constati che una disparità esistente nelle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri falsa le condizioni di concorrenza sul mercato interno e provoca, per tal motivo, una distorsione che deve essere eliminata, essa provvede a consultarsi con gli Stati membri interessati”.

IV. Orbene, l'introduzione di un meccanismo di *payback* – secondo l'univoco dettato dell'art. 9-ter – in via retroattiva si palesa, come si è visto, in violazione dei principi di irretroattività, certezza del diritto e legittimo affidamento riconosciuti dall'ordinamento euro-unitario. Da tale violazione discende in via diretta la distorsione, provocata per l'appunto dall'introduzione nell'ordinamento interno del plesso normativo in disamina, delle condizioni di concorrenza sul mercato “intracomunitario”, peraltro in violazione del canone di piena armonizzazione della legislazione degli Stati membri quanto alle imposte sulla cifra d'affari *ex* art. 401 della cd. direttiva I.V.A. (2006/112/CE del Consiglio), il quale consente il mantenimento o l'istituzione da parte di uno Stato membro di imposte, diritti e tasse solo ove queste ultime non abbiano natura di imposte sulla cifra d'affari.

La cennata distorsione è, inoltre, tale da produrre una evidente situazione di disparità di trattamento tra i soggetti interessati dalla disciplina in parola (cioè, i fornitori di dispositivi medici agli ospedali e alle strutture sanitarie del SSN) e le imprese operanti in altri settori, non toccate dalle sopravvenienze legislative o, ancora, tra gli operatori che hanno stipulato negli anni 2015-2018 contratti pubblici con gli ospedali e le aziende sanitarie italiane e i soggetti che, invece, hanno stipulato simili contratti in altri ordinamenti.

Interrogandosi sul rapporto tra certezza del diritto e imposizione straordinaria (e non prevedibile, in sede di stipula degli originari atti di concessione) di un canone in capo a soggetti concessionari, si è pronunciata, recentemente, la VII Sezione del Consiglio di Stato, che – con Ordinanza n. 10263/2022 del 21 novembre 2022 – ha investito la Corte di Giustizia dell'UE della questione circa il carattere ostativo del principio di certezza del diritto (e del legittimo affidamento) “a una normativa nazionale [...] la quale prevede a carico dei

gestori [...] 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».

A fronte di quanto sopra esposto, si chiede al Collegio, anche al fine di evitare eventuali procedure di infrazione che dovessero essere attuate dalla Commissione, alla luce della palese incompatibilità della normativa censurata con l'ordinamento europeo, di valutare la proposizione di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267, TFUE, nei termini suggeriti di seguito: «*Se i principi dell'Unione Europea della irretroattività, della certezza del diritto, del legittimo affidamento e quello in materia di mantenimento, nell'ambito del mercato interno, di condizioni di concorrenza e non distorsione del mercato, sancito dall'art. 116, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debbano essere interpretati nel senso che ostino a una normativa nazionale, quale quella delineata nell'art. 9-ter, d.l. n. 78/2015, che preveda l'imposizione di un meccanismo di payback in via retroattiva per una specifica categoria di soggetti (fornitori di dispositivi medici)*».

*** **

I sopra evocati profili di incostituzionalità e incompatibilità con l'ordinamento comunitario propri della disposizione su cui si fonda il meccanismo di rimborso si riverberano univocamente nella disciplina di attuazione dettata dal Ministero e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri con i provvedimenti ministeriali in questa sede gravati, come emerge dai seguenti motivi.

A.I. Violazione del principio di ragionevolezza; violazione dell'art. 1, comma 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241; eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità; violazione dell'art. 52, Carta dei diritti fondamentali dell'UE

Il quadro consegnato dalla disciplina attuativa di riferimento, costituita dai provvedimenti impugnati, è palesemente irragionevole e illegittimo. E ciò, in particolare, dal momento che i cennati atti ministeriali poggiano le proprie abnormi premesse di fondo su una disposizione normativa incostituzionale.

In forza dei profili di incostituzionalità e incompatibilità dell'art. 9-ter con l'ordinamento comunitario sopra richiamati, è dunque agevole evidenziare come i

provvedimenti impugnati siano essi stessi affetti da una nutrita serie di vizi che esplicitano, nell'ambito della sua attuazione, le criticità della norma.

Gli atti gravati, nel definire in via generale e retroattiva i tetti di spesa regionali, nel certificare lo sfioramento degli stessi e nel dettare le linee guida per l'attuazione del *payback* da parte delle amministrazioni regionali si palesano – anche alla luce delle disposizioni costituzionali sopra esposte – in netto contrasto con il canone della remuneratività dei contratti stipulati con le amministrazioni pubbliche dai soggetti incisi.

Come è noto, infatti, costituisce principio giurisprudenziale consolidato quello per cui *“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 invece tali da non poter essere coperti neppure mediante il valore economico dell'utile stimato, è evidente che l'offerta diventa non remunerativa e, pertanto, non sostenibile (Cons. di Stato, V, 15 aprile 2013, n. 2063)”* (così, Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2019, n. 8110).

Ebbene, l'irragionevolezza del meccanismo di *payback* emerge a più forte ragione ove si consideri il peculiare contesto nel quale esso s'inserisce – quello dei contatti stipulati dai fornitori privati con le amministrazioni del settore sanitario (spesso sulla base di sistemi di acquisto centralizzato, tramite convenzioni CONSIP e/o soggetti aggregatori/capofila a livello regionale).

In questo settore, il *payback*, così come predisposto dal legislatore e, a più forte ragione, per come attuato dai decreti ministeriali e dall'Accordo Stato-Regioni qui gravati, si risolve, in buona sostanza, nel rimborso di una parte del prezzo pattuito, ove quest'ultimo, però, altro non è se non la cristallizzazione contrattuale dell'esito di una procedura di gara pubblica (peraltro già sottoposta, in quanto tale, al principio di concorrenza e, quindi, verosimilmente fondata su un'offerta economica di per sé competitiva e di regola “ribassata” rispetto ai parametri stabiliti dall'Amministrazione nella *lex specialis* di gara, i quali non sono negoziabili per definizione).

In tale contesto di riferimento, l'attuazione “cieca” del *payback* (retroattiva e “massimalista”, cioè priva di specifiche indicazioni volte a evidenziare possibili eccezioni), conduce irrimediabilmente a un'incisione illegittima (e, almeno in parte, evitabile,

nell'applicazione della norma da parte dell'Amministrazione) della remuneratività delle forniture, palesandosi in contrasto non solo con il principio giurisprudenziale appena richiamato, ma anche con il canone di buona fede stabilito dall'art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990.

Il fatto che i provvedimenti di rango ministeriale qui impugnati siano emanati dal plesso ministeriale e non dalle singole amministrazioni che hanno, di volta in volta, stipulato i cennati contratti, non vale a escludere l'applicabilità del canone generale in parola, atteso che quella ministeriale è pur sempre – e per definizione – l'amministrazione di vertice del sistema sanitario (nazionale e regionale) e che, in questo senso, la violazione del principio di buona fede si palesa, in via diretta e generale, con l'emanazione dei provvedimenti gravati.

Non è chi non veda come l'attuazione e la messa a regime del meccanismo in esame – nei tempi e nei modi articolati dai provvedimenti gravati – non appaiano per nulla compatibili con i principi di collaborazione e buona fede, cui l'Amministrazione è pur sempre tenuta nei rapporti con i privati.

Nel caso di specie, infatti, se è vero che l'affidamento rilevante ai sensi dell'art. 1, comma 2 è *«un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività»* (Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011) (così, Cons. Giust. Amm. Sicilia, Sez. giurisd., 08 marzo 2022, n. 292), occorre evidenziare che, nella peculiare situazione in disamina, non vi è nemmeno una “mera” aspettativa al mantenimento di un rapporto giuridico, in quanto tale rapporto, instauratosi per gli anni 2015-2018 tra i fornitori e le diverse aziende ospedaliere, si è addirittura esaurito.

Si consenta di affermare che l'impostazione del *payback* (prevista dalla legge e) strutturata dai provvedimenti impugnati è caratterizzata da evidenti e abnormi risvolti “espropriativi”, poiché ha esclusivo riguardo ai soli effetti economici di contratti eseguiti, rappresentando così il massimo grado di violazione del principio stabilito all'art. 1, comma 2-*bis* della legge generale sul procedimento amministrativo.

A fronte dei profili critici sinora delineati, emerge univocamente la violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, in uno con il canone del rispetto dei diritti garantiti *ex art. 52*, Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Come è noto, il canone della proporzionalità, anche in quanto ormai ricompreso tra i *“principi dell'ordinamento comunitario”* di cui all'art. 1, l. n. 241/1990 (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 10 novembre 2017, n. 5299), costituisce una *“regola che implica la flessibilità dell'azione amministrativa ed, in ultima analisi, la rispondenza della stessa alla razionalità ed alla legalità”* (così, T.A.R. Veneto, Sez. I, 30 maggio 2016, n. 568).

In sostanza – come puntualmente affermato dal giudice amministrativo nella pronuncia appena citata – *“il principio di proporzionalità va inteso nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto [...]; parallelamente, la ragionevolezza costituisce un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento): l'amministrazione, in forza di tale principio, deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali”* (così anche T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 18 febbraio 2016, n. 335; analoghi principi sono espressi da T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 16 settembre 2015, n. 616/2015).

Nel concreto, come è stato evidenziato con plastica sinteticità da codesto Ecc.mo T.A.R., il canone in disamina, richiamato dall'art. 52, Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in caso di limitazioni esercitate rispetto ai diritti garantiti, *“è stato decodificato dalla giurisprudenza unionale in tre tappe progressive: sindacato sull'idoneità, sindacato sulla necessità e sindacato sulla proporzionalità in senso stretto e sull'adeguatezza. Il primo momento, quello dell'idoneità, concerne l'accertamento sull'idoneità dei mezzi impiegati rispetto allo scopo perseguito; il secondo momento, quello della necessità, impone che qualora si presenti una scelta tra più misure appropriate, è necessario ricorrere alla meno restrittiva; infine, la proporzionalità in senso stretto o adeguatezza attiene alla valutazione comparativa tra l'interesse pubblico perseguito dall'autorità e le posizioni individuali protette e che si oppongono al suo perseguimento.”* (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 20 settembre 2021, n. 9849).

Alla luce dei consolidati richiami giurisprudenziali appena riportati, emerge con indiscutibile evidenza, ad avviso della scrivente difesa, che i provvedimenti gravati sono

palesemente illegittimi proprio perché non solo non danno evidenza di alcun bilanciamento degli interessi in gioco, ma anche perché la necessaria ponderazione, prodromica a una corretta e proporzionale definizione dei contenuti degli atti applicativi dell'art. 9-ter, è palesemente mancata.

E ciò è evidente ad una piana lettura degli atti gravati, che, nel prevedere l'applicazione retroattiva del sistema agli anni 2015-2018 e nell'identificare meccanismi di pagamento e basi di calcolo profondamente iniqui, non tengono minimamente in considerazione l'abnorme incisione della sfera giuridica della platea di operatori privati interessati dal meccanismo di *payback*.

In altri termini, la consapevole (verrebbe da dire, "premeditata") pretermissione dell'esame tripartito proprio del canone di proporzionalità si spiega ponendo mente al fatto che, nell'intendimento della normativa in parola, per come draconianamente applicata dal Ministero, il sacrificio dei fornitori privati è il tributo da pagare *tout court* per il sostentamento delle finanze del SSN rispetto a spese che esso stesso ha inteso unilateralmente determinare.

Con buona pace dei principi giuridici e delle garanzie costituzionali esposte nel presente atto.

Emergono quindi univocamente i vizi dedotti in rubrica.

*** **

Indipendentemente dai sopra evocati profili di incostituzionalità e di incompatibilità con l'ordinamento comunitario, cui si è data precedenza per evidenti ragioni logico giuridiche, i provvedimenti ministeriali in epigrafe sono pure illegittimi per vizi propri, per i seguenti motivi. Tali vizi propri si riverberano poi, *sub specie* di illegittimità derivata, sui provvedimenti dell'ente territoriale.

B.I. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 9-ter, d.l. n. 78/2015; eccesso di potere per violazione del principio di ragionevolezza; eccesso di potere per difetto di motivazione

Come si è avuto modo di esplicitare nella ricognizione dei fatti che hanno condotto all'emanazione dei provvedimenti gravati, questi ultimi sono stati emanati con diversi anni

di ritardo rispetto alle specifiche annualità ricomprese nell'arco temporale a cui l'iter di ripiano dettato dall'art. 9-ter, comma 9, d.l. n. 78/2015 è riferito.

Tale circostanza si palesa in tutta la sua gravità se solo si considera che la previsione normativa concernente il superamento del tetto massimo alla spesa pubblica per l'acquisto di dispositivi medici è stata introdotta in Italia, pur con una formulazione parzialmente diversa da quella ora in vigore, sin dal 2015 e che mai, sino a oggi, è stato previsto un meccanismo di controllo e verifica che ne abbia consentito l'applicazione concreta.

Né miglior sorte è toccata ai tetti di spesa regionali, quantificati al 4,4% solo nel 2019, cioè oltre quattro anni dopo l'introduzione della normativa posta a fondamento del *payback*, ancorché l'art. 9-ter, comma 1, lett. b), d.l. n. 78/2015 prevedesse la fissazione di detti tetti di spesa mediante accordo entro il 15 settembre 2015.

Ebbene, la violazione dei tempi d'attuazione previsti dalla disposizione posta a base dei provvedimenti gravati reca in sé il segno palese dell'irragionevolezza dei decreti applicativi, emanati ben sette anni dopo la norma della cui attuazione si tratta.

Dopo anni di silenzio e di inerzia da parte del Ministero rispetto al (pur incostituzionale, ma) chiaro dettato normativo, non una parola è recata nei provvedimenti qui gravati in relazione all'affidamento ingeneratosi negli operatori privati rispetto alla mancata attuazione della disciplina sul *payback*.

A ben guardare, la lesione immediata e diretta della sfera giuridica dei fornitori di dispositivi medici è apportata, nel concreto, da atti ministeriali emanati oltre ogni ragionevole scansione temporale e tali da incidere su posizioni ormai consolidate degli operatori stessi circa la stabilità dei corrispettivi acquisiti, anche in forza dell'avvenuto assolvimento degli oneri contributivi.

Inoltre, pure irragionevole (e non motivata) è la non distinzione operata nei provvedimenti gravati dei tetti di spesa regionali, che risultano tutti quindi illogicamente ricondotti sulla percentuale del 4,4%.

Ne discendono i vizi dedotti in rubrica.

B.II. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 18, d.l. 9 agosto 2022, n. 115; eccesso di potere per irragionevolezza sotto altro profilo

Si è visto come la disciplina su cui si fonda il meccanismo di *payback* in disamina poggi su un dettato normativo scarno e minimale, che attribuisce, di volta in volta, spazio di manovra al Ministero della Salute e alle Regioni per la determinazione delle concrete modalità di certificazione e “recupero” delle somme eccedenti i tetti di spesa.

In particolare, come si è sopra esplicitato, il d.l. n. 115/2022 ha previsto espressamente l'intervento del Ministero della Salute nell'adozione delle linee guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano.

Così, l'art. 18, comma 1, d.l. n. 115/2022, intervenendo sul testo del d.l. n. 78/2015, ha disposto che “[c]on decreto del Ministero della salute da adottarsi d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano entro trenta giorni dalla data di pubblicazione del decreto ministeriale di cui al primo periodo [cioè, il decreto ministeriale di cui al comma 8, con il quale il Ministero della Salute, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, certifica lo sfioramento del tetto di spesa], sono adottate le linee guida propedeutiche alla emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali”.

Prescindendo dal fatto che il concetto stesso di “linee guida” non appare affatto omogeneo né facilmente classificabile nell'ambito della gerarchia delle fonti, è pur chiaro che la natura proteiforme e sistematicamente “mobile” di tale strumento, a seconda che si tratti di atto vincolante o meno, deve comunque essere idonea a trasmettere i dati e le direttive per i quali esso è stato emanato.

Orbene, ciò è proprio quel che non accade nel caso di specie.

Le “linee guida” emanate con il decreto ministeriale 6 ottobre 2022, infatti, oltre a essere state emanate in ritardo rispetto ai termini normativamente previsti, sono del tutto prive dei contenuti “minimi” per essere considerate tali, e cioè per orientare l'operatore (pubblico regionale e provinciale, in questo caso, e i soggetti privati incisi dal meccanismo di *payback*) lungo un iter procedurale scandito e compiuto quanto all'emanazione dei provvedimenti “a valle” (le richieste regionali di restituzione).

Il Ministero pretende di fornire indicazioni pratiche pubblicando un testo di soli quattro articoli, in larga parte meramente ricognitivi delle prescrizioni normative a base del meccanismo in disamina e del decreto di certificazione del superamento del tetto di spesa (anch'esso, del resto, privo di alcuna indicazione pratica).

In sostanza, il contenuto di dette linee guida si rivela gravemente insufficiente e, comunque, inidoneo a consentire un chiaro e ordinato svolgimento delle attività regionali necessarie all’emanazione dei provvedimenti di competenza. Il che, lo si ribadisce, comporta gravissime ripercussioni sulla sfera giuridica dei privati, i quali si vedono sottoposti alla disciplina del *payback* senza nemmeno avere la possibilità di conoscere e valutare preventivamente, in un’ottica imprenditoriale, il concreto impatto economico che quest’ultima avrà a seguito dell’emanazione (nel frattempo avvenuta) dei provvedimenti di competenza degli enti territoriali.

Anche laddove prevedono una pur embrionale indicazione di metodo circa la concreta identificazione delle somme in base alle quali calcolare la “restituzione”, le linee guida ministeriali si dimostrano senz’altro lacunose.

A titolo esemplificativo, all’art. 3, comma 1 si scrive che “[i]n caso di superamento del tetto di spesa regionale o di una provincia autonoma, 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»”.

A mente del successivo comma 2, “[i] medesimi enti di cui al comma 1, conseguentemente, calcolano il fatturato annuo di ciascuna azienda fornitrice di dispositivi medici 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”.

Nulla è specificato – nelle linee guida che pur sarebbero deputate a tale specificazione – rispetto a quali dispositivi medici debbano essere contabilizzati alla voce BA 0210 e quali, viceversa, debbano ritenersi esclusi dalla contabilizzazione.

Senonché, una tale, necessaria puntualizzazione vi è stata, da parte del Ministero, solo in relazione agli anni 2019 e seguenti, con la circolare del 26 febbraio 2020 (**doc. 4**), che riporta esemplificazioni e raccomandazioni su un punto cruciale per la determinazione del fatturato rilevante per il *payback*.

Lasciare alle Regioni il compito di applicare (per la prima volta) la disciplina in parola per gli anni 2015/2018 senza porre alcuna indicazione sul punto è senz’altro una

circostanza idonea a creare un grave disordine sul piano interpretativo. È più che verosimile, in altre parole, che talune Regioni mutuino le indicazioni procedurali dalla cennata circolare (pur non applicabile *ratione temporis*) e che, diversamente, altre ne prescindano.

In tale contesto, le linee guida avrebbero ben potuto e dovuto contenere indicazioni univoche con riferimento alla determinazione del contenuto delle richieste di *payback* riferite all'arco temporale 2015-2018. Così non è stato: ne consegue che operatori quali la Ricorrente si sono poi ritrovati in balia degli orientamenti interpretativi delle Regioni e delle Province autonome.

Del pari, stupisce l'incomprensibile silenzio delle linee guida in ordine ai casi in cui si debba procedere allo scorporo della componente relativa al servizio rispetto a quella riguardante la fornitura dei dispositivi, ove i suddetti aspetti siano correlati. Anche in questo caso, infatti, le previsioni relative agli anni dal 2019 in poi sono ben più precise e articolate, prendendo puntualmente in considerazione questo non irrilevante profilo.

Ancora, le linee guida mantengono, come si è visto, il riferimento al calcolo del fatturato annuo degli operatori economici al lordo dell'I.V.A. Sul piano generale e considerata tale disposizione in combinato disposto con la disciplina del *payback* nel suo complesso, una siffatta prescrizione abbia effetti abnormi e palesemente sproporzionati.

L'inclusione dell'I.V.A. nel calcolo – che le linee guida avrebbero dovuto espungere – appare errata e illegittima: il Ministero fornisce indicazioni sull'effettuazione del cennato calcolo al lordo dell'I.V.A. (art. 3, comma 2) perché, evidentemente, essendo l'ente del SSN ad acquistare il bene, quest'ultimo è anche il soggetto sul quale ricade l'onere di pagare l'I.V.A.

Orbene, il Ministero non sembra però avvedersi dell'applicabilità alla fattispecie del noto 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).

Invero, il conteggio dell'I.V.A. ai fini del *payback* comporta una illegittima maggiorazione del 22% che non ha alcuna ragion d'essere, posto che l'ente afferente al SSN ha semplicemente restituito l'I.V.A. pagata dall'operatore privato ai propri fornitori,

e sortisce l'improvvido e abnorme effetto di scaricare sull'operatore privato anche l'onere fiscale incassato dallo Stato.

Da ultimo, non è dato comprendere come, a fronte della previsione contenuta nell'art. 9-*bis*, d.l. n. 78/2015, inserito dall'art. 18, comma 1, d.l. n. 115/2022, le Regioni e le strutture sanitarie regionali possano essere in grado, in sede di prima applicazione del *payback*, di evitare errori di conteggio degli importi di ripiano. E, in effetti, alla luce degli abnormi e generici provvedimenti emanati dalle Regioni e dalla Province autonome nel dicembre 2022, la chiarezza sugli importi deve ritenersi mancante.

A mente della disposizione da ultimo citata, *“le regioni e le province autonome definiscono con proprio provvedimento, da adottare entro novanta giorni dalla data di pubblicazione del predetto decreto ministeriale, l'elenco delle aziende fornitrici soggette al ripiano per ciascun anno, previa verifica della documentazione contabile anche per il tramite degli enti del servizio sanitario regionale”*.

In buona sostanza, il legislatore nazionale ha previsto un sistema di verifica che coinvolge gli stessi ospedali e le strutture di cura, i quali devono quindi operare i controlli contabili a distanza di anni dall'esaurimento dei contratti di fornitura. E ciò, per un numero elevatissimo di soggetti fornitori.

Affinché tale meccanismo di verifica operi efficacemente, occorre che tutte le relative fatture siano puntualmente reperibili da parte delle amministrazioni ospedaliere coinvolte. Ebbene, considerato che l'iter di controllo concerne documenti contabili ormai risalenti, si ha fondata ragione di dubitarne.

D'altro canto, che le linee guida nulla precisino sul punto (l'art. 4, comma 2 delle stesse linee guida aggiunge, sul piano operativo, al disposto di legge) appare assai grave, giacché tale lacuna rispetto alle concrete modalità di verifica previste in generale dalla disposizione normativa ha condotto verosimilmente a deviazioni tra Regione e Regione, quando non a veri e propri errori di calcolo a danno degli operatori privati, i quali si vedono quindi costretti ad attivare una (ulteriore) tutela giurisdizionale, con l'immaginabile dispendio di risorse pubbliche e private che ne consegue, anche sul piano dell'inevitabile appesantimento del contenzioso pendente presso codesto Ecc.mo T.A.R.

Da ultimo, è irragionevole che le linee guida in parola non facciano riferimento alcuno al profilo della compensazione dei crediti e dei debiti previsto quale sanzione a

fronte del mancato pagamento delle richieste da parte degli enti territoriali, introdotto, in sede di conversione, dall'art. 18, d.l. n. 115/2022 e azionabile decorsi soli trenta giorni dall'emanazione dei provvedimenti con cui si richiede il *payback*.

Esso ricalca il sistema già in essere dal 2019 per il *payback* farmaceutico, che pure non risulta aver mai ricevuto concreta applicazione.

In forza del “precedente” nel settore farmaceutico, è agevole rilevare sin d'ora che le difficoltà applicative ivi riscontrate si riproporranno anche nel caso in disamina, considerando che i) una compensazione crediti/debiti è possibile solo ove vi sia identità tra soggetti creditore e debitore a parte inversa nei crediti e debiti reciproci; ii) per procedere a una compensazione, crediti e debiti dovrebbero avere cause giuridiche analoghe; iii) al fine di addivenire a una compensazione è necessario che i crediti e i debiti reciproci siano certi, liquidi ed esigibili. Tale condizione è posta nel nulla dalla presentazione del presente ricorso giurisdizionale (cfr. Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 29 gennaio 2015, n. 1695).

Ebbene, che a fronte di ciò, le linee guida ministeriali abdicino sostanzialmente alla loro funzione – procrastinando l'enunciazione delle modalità procedurali di versamento delle somme richieste a titolo di *payback* all'emanazione dei relativi decreti regionali o provinciali – senza nulla precisare, appare obiettivamente irragionevole e illogico: l'esperienza maturata nel settore farmaceutico rispetto alla strutturazione del meccanismo compensativo in parola avrebbe dovuto indurre il Ministero a dettare, quantomeno, una disciplina di massima, invece di ingenerare, da un canto, ulteriori incertezze in capo agli operatori privati e, dall'altro, profili di difficoltà interpretativa per le Amministrazioni che tale meccanismo saranno chiamate ad applicare.

Ne discendono univocamente i vizi dedotti in rubrica.

*** **

Il provvedimento che, sulla base delle disposizioni recate dalla normativa primaria e dai decreti ministeriali impugnati, definisce “a valle” l'abnorme somma asseritamente dovuta dalla Ricorrente, oltre a essere affetto dai vizi sopra richiamati in quanto emanato sulla base di una normativa incostituzionale e di una disciplina applicativa ministeriale illegittima, è pure a propria volta illegittimo per vizi propri, che concernono, in particolare,

le modalità concrete con cui l'ente territoriale ha dato "attuazione" al meccanismo del *payback*.

C.I. Eccesso di potere per irragionevolezza sotto altro profilo; eccesso di potere per difetto d'istruttoria; violazione del principio del contraddittorio; violazione del diritto di difesa; violazione dell'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

Il provvedimento che chiude l'iter di *payback* avviato sulla base delle (incostituzionali) disposizioni nazionali più sopra ricordate è evidentemente illegittimo e irragionevole, laddove pretende – senza alcuna seria e previa istruttoria che risulti dal suo dettato letterale – di imporre *tout-court* la corresponsione dell'abnorme somma ivi quantificata.

L'illegittimità che colpisce il provvedimento si palesa sotto diversi profili: da un canto, in forza di un laconico richiamo alla normativa nazionale del 2015 opportunamente riesumata dal legislatore e dal Governo nel 2022 per consentire alle Regioni di "fare cassa" a spese dei propri fornitori, l'ente territoriale si trincerava dietro la natura asseritamente "vincolata" del provvedimento con cui dispone il *payback*.

Tale ricostruzione va contrastata con forza, giacché – nonostante una lettura superficiale e non condivisibile della normativa nazionale possa far pensare il contrario – residuano in capo all'ente territoriale notevoli profili di discrezionalità che avrebbero potuto e dovuto essere esercitati ben diversamente, per esempio nell'ambito del procedimento di calcolo delle somme *pro-quota* (che – lo si è visto – non è certamente disciplinato in modo esauriente dalle cd. "linee guida" nazionali, lasciando all'ente territoriale ampi spazi di manovra discrezionale).

Il fatto che il provvedimento che ne occupa si sia fondato esclusivamente sulle (poche e confuse) indicazioni dettate a livello nazionale rende ragione del palese difetto di istruttoria che inficia la richiesta di *payback*, nonché della sostanziale "segretezza" dei dati asseritamente posti a base del calcolo, che restano largamente ignoti o, comunque, difficilmente verificabili quand'anche pubblicati. È il caso delle determine/delibere emanate dalle singole aziende sanitarie dell'ente territoriale sulla base di una circolare del Ministero della Salute, con le quali, in risposta a un atto interno emanato prima della messa

a regime del sistema di *payback*, avvenuta solo nel 2022, sono stati validati e certificati i fatturati relativi agli anni 2015 – 2018 per singola azienda fornitrice. E ciò, a uso “interno” e ben prima dell’emanazione degli atti ministeriali di attivazione del *payback*.

Del pari, l’illegittimità del provvedimento in parola si rivela anche con riguardo ai profili temporali del meccanismo di compensazione debiti-crediti, la cui applicazione – in caso di mancato versamento della somma richiesta a titolo di *payback* – entro soli trenta giorni dall’emanazione del provvedimento stesso costituisce un proverbiale “cappio al collo” per la Ricorrente e gli operatori che si trovano nella medesima situazione.

È ben vero che questa previsione – tale da dimezzare, nella sostanza, il termine per l’impugnazione del provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, nonostante non si tratti di un atto soggetto a dimidiazione ai fini processuali *ex* artt. 116 e 120 c.p.a. – è prevista in base alla legge. Nondimeno, a fronte della proposizione di centinaia di ricorsi giurisdizionali avverso i provvedimenti nazionali, l’ente territoriale avrebbe ben potuto e dovuto (in uno Stato di diritto) valutare quantomeno una sospensione di tale draconiano meccanismo o degli effetti del provvedimento (come ha fatto la Regione Sardegna), considerando che, in caso di pagamento della somma asseritamente dovuta pur senza prestazione di acquiescenza, gli operatori quali la Ricorrente incontrerebbero notevoli difficoltà tecniche e prevedibili ritardi nell’ottenere il rimborso ove i ricorsi fossero poi accolti.

Tale profilo evidenzia plasticamente e, se possibile, in modo ancora più evidente rispetto agli altri dubbi di legittimità degli atti impugnati, la palese violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa (che, val la pena di ricordarlo, è tutelato anche alla luce dell’art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea) e, ancora, la sostanziale pretermissione di qualsivoglia seria e informata considerazione delle devastanti ripercussioni pratiche del provvedimento di *payback* (e di tutto il meccanismo su cui lo stesso si fonda) rispetto alla Ricorrente e, in generale, al settore della fornitura dei dispositivi medici.

Coloro che ne faranno le spese a partire dal gennaio 2023 (rectius, dal 30 aprile 2023, considerando la proroga di cui al d.l. n. 4/2023) saranno non solo gli operatori come la Ricorrente, ma anche – e prima di tutto – il Servizio Sanitario Nazionale (nella sua

articolazione territoriale, per quanto riguarda il presente ricorso), che non sarà verosimilmente più in grado (visto il prevedibile fallimento di centinaia di aziende e l'esodo di massa dal mercato italiano delle multinazionali) di rifornirsi di tutto lo strumentario necessario per assicurare le cure ai cittadini.

Le illegittimità sin qui denunciate comportano, in ultima analisi, un grave pregiudizio al diritto costituzionale alla salute riconosciuto in capo alla collettività.

Emergono quindi univocamente i vizi dedotti in rubrica.

* * * *

Istanza istruttoria

Come più volte evidenziato, l'ente territoriale ha emanato i provvedimenti gravati senza fornire la documentazione su cui detti provvedimenti sono fondati.

Nonostante la Ricorrente abbia presentato istanza d'accesso, il riscontro dell'Amministrazione è stato gravemente carente e, comunque, tale – per la sua frammentarietà e complessità – da non consentire alcuna piena conoscenza dei dati e dei documenti posti a fondamento della richiesta di *payback* e sottoposti al vaglio di codesto Ecc.mo T.A.R.

Al di là dello specifico impatto sulla posizione giuridica di AMBU S.r.l. quale soggetto cui spetta il diritto d'accesso, la questione pone però, nel caso di specie, un diverso e autonomo profilo problematico, connesso alla completezza della cognizione del Giudice rispetto ai fatti controversi che codesto Ecc.mo T.A.R. si trova a valutare.

Ciò riguarda, in particolare, la procedura di calcolo e conteggio, contenuta negli atti prodromici, che ha portato alla definizione dell'importo richiesto dall'ente territoriale.

Tale profilo deve essere valorizzato, in quanto la rilevanza del contenuto dei predetti atti prodromici alla richiesta di *payback* nell'ambito del presente giudizio e, quindi, la strumentalità dell'acquisizione di questi ultimi ai fini di una decisione di merito fondata sulla piena cognizione dei fatti, è evidente. Non si tratta, infatti, dell'acquisizione di documenti meramente connessi al presente giudizio, ma dell'introduzione in seno al medesimo di elementi necessari alla sua compiuta definizione.

Invero, il contenuto degli atti che hanno condotto all'abnorme e sproporzionata quantificazione della somma asseritamente dovuta dalla Ricorrente secondo il

provvedimento di ripiano non può che costituire parte integrante dell'apparato istruttorio necessario a codesto Giudice per la definizione del merito della controversia.

Posto che si ritiene di aver fornito ben più che un principio di prova circa l'irragionevolezza dei calcoli richiamati nel provvedimento gravato, si formula in questa sede istanza istruttoria. In particolare, si chiede a codesto Ecc.mo T.A.R. di voler adottare il provvedimento istruttorio ritenuto opportuno, al fine di consentire l'ordinata acquisizione della seguente documentazione, eventualmente anche in forma aggregata (e perciò valutabile), funzionale alla decisione del giudizio:

- prospetti riepilogativi del fatturato annuo per singolo fornitore di dispositivi medici relativo agli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, nonché alle singole fatture computate nei suddetti prospetti;
- modelli CE, per i singoli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 dei singoli enti regionali, dai quali sono state tratte le informazioni utilizzate da codesta Amministrazione ai fini del calcolo previsto dalla normativa;
- dati di costo rilevati a consuntivo per ciascuno dei predetti anni e risultanti dal modello CE consolidato regionale nella voce BA0210 – Dispositivi medici del modello di rilevazione del conto economico;
- documentazione dalla quale si evinca la tipologia di dispositivi medici inclusa nel calcolo della spesa;
- documentazione dalla quale si evinca lo scorporo del costo dei servizi connessi alla fornitura dei dispositivi medici inclusi nel procedimento;
- note metodologiche eventualmente contenenti i criteri seguiti nelle operazioni di calcolo previste dalla normativa, nonché ai verbali, pareri, relazioni, linee guida, o altri atti comunque denominati eventualmente formati dagli organi amministrativi che materialmente si siano occupati del procedimento di quantificazione della spesa sostenuta negli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 per l'acquisto diretto dei dispositivi medici, dello sfondamento dei relativi tetti di spesa, delle *market shares* e delle quote di ripiano.

Per le suesposte ragioni, si formulano le seguenti

CONCLUSIONI

Piaccia a codesto Ecc.mo Tribunale Amministrativo Regionale, previa rimessione degli atti alla Corte Costituzionale e predisposizione di un'istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea *ex art.* 267 T.F.U.E.,

i) annullare i provvedimenti impugnati;

ii) accogliere l'istanza istruttoria proposta da AMBU e conseguentemente ordinare all'ente territoriale l'esibizione dei documenti come meglio indicati nella sopra riportata istanza.

Con vittoria di spese e contributi di causa, compreso il contributo unificato.

Riservata ogni ulteriore istanza, anche istruttoria.

* * *

Si producono i documenti **50-53**.

Si rileva che, in osservanza a quanto disposto dal Decreto del Presidente del Consiglio di Stato 22 dicembre 2016, il presente atto è composto da 67.014 caratteri, senza computare gli spazi e considerando le specifiche di cui all'art. 4.

Si dichiara che il versamento di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, pari a € 650,00, sarà effettuato contestualmente al deposito del ricorso.

Ai sensi dell'articolo 136, c.p.a., si indica l'indirizzo di posta elettronica certificata dell'Avv. Prof. Wladimiro Troise Mangoni (wtroise@pec-posta.it), dell'Avv. Guido Mario Mella (guidomario.mella@milano.pecavvocati.it), dell'Avv. Alberto Buonfino (alberto.buonfino@pec-posta.it) e dell'Avv. Mattia Errico (merrico@pec-posta.it) e si indica, altresì, il seguente numero di telefax: 02.76021997.

Milano/Roma, 8 febbraio 2023

Avv. Prof. Wladimiro Troise Mangoni

Avv. Guido Mario Mella

Avv. Alberto Buonfino

Avv. Mattia Errico