

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO DEL LAZIO – ROMA

RICORSO

nell'interesse di **Ortho-Clinical Diagnostics Italy Srl**, C.F.08592930963, con sede legale in Milano (MI), al Viale dell'Innovazione n. 3 in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante *p.t.* dr. Renato Bonaita, rappresentata e difesa giusta procura su foglio separato, anche disgiuntamente, dagli Avv.ti Stefano Fernando Giberti (GBRSFN69E30F205Y), Francesca Romana Correnti (CRRFNC85S57H501F) e Giovanni Mania (MNAGNN75A27H163D), con domicilio digitale eletto presso l'indirizzo di p.e.c. stefano.giberti@milano.pecavvocati.it, e al quale si chiede di ricevere, anche, le comunicazioni di cancelleria ex art. 136, co. 1, c.p.a., in alternativa al numero di fax 095530419;

CONTRO

il **Ministero della Salute**, in persona del legale rappresentante *p.t.*;

il **Ministero dell'Economia e delle Finanze**, in persona del legale rappresentante *p.t.*;

la **Presidenza del Consiglio dei ministri**, in persona del legale rappresentante *p.t.*;

la **Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento Affari Regionali, Conferenza Permanente Stato, Regioni e Province Autonome di Trento e Bolzano**, in persona del legale rappresentante *p.t.*;

le **Regioni Valle d'Aosta, Piemonte, Liguria, Lombardia, Veneto, Friuli-Venezia Giulia, Emilia-Romagna, Toscana, Marche, Umbria, Lazio, Abruzzo, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia e**

Sardegna, e le **Province Autonome di Trento e Bolzano**, ciascuna in persona del legale rappresentante *p.t.*;

PER L'ANNULLAMENTO

- del Decreto del Ministero della Salute, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, adottato il 6 luglio 2022 e pubblicato in G.U.R.I. il 15 settembre 2022, recante la *“Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018”*;

- del Decreto del Ministero della Salute adottato il 6 ottobre 2022 e pubblicato in G.U.R.I. 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”*;

- dell’atto n. 181/CSR del 7 novembre 2019 della Conferenza Permanente per i Rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, recante *“Accordo, ai sensi dell’articolo 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”*;

- di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e/o consequenziale, in quanto lesivo dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi della ricorrente.

FATTO

Viene all'attenzione dell'on.le Collegio l'eccentrico sistema della compartecipazione dell'industria allo sfornamento, da parte delle Regioni, del tetto massimo di spesa destinato all'acquisto di dispositivi medici. Tale sistema – meglio noto come *payback* - viene per il momento in rilievo limitatamente al quadriennio 2015-2018. Esso ha origini lontane e la normativa che lo ha introdotto e disciplinato è varia e complessa. Sicché, pur con il massimo sforzo di sintesi, prima di delinearne tutti i profili di illegittimità, anche costituzionale ed eurounitaria, è qui opportuno esaminarlo partitamente.

I. Il D.L. 98/11

1. Il *payback* nel settore dei dispositivi medici ha mosso i suoi primi passi con l'**art. 17 del D.L. 98/11**, conv. in L. 111/11, il quale:

- **al comma 1 lett. c)**, ha disposto che: “a decorrere dal 1° gennaio 2013 la spesa sostenuta dal Servizio sanitario nazionale per l'acquisto di detti dispositivi, tenuto conto dei dati riportati nei modelli di conto economico (CE), compresa la spesa relativa all'assistenza protesica, è fissata entro un tetto a livello nazionale e a livello di ogni singola regione, riferito rispettivamente al fabbisogno sanitario nazionale standard e al fabbisogno sanitario regionale standard di cui agli articoli 26 e 27 del decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68. Ciò al fine di garantire il conseguimento degli obiettivi di risparmio programmati. Il valore assoluto dell'onere a carico del Servizio sanitario nazionale per l'acquisto dei dispositivi di cui alla presente lettera, a livello nazionale e per ciascuna regione, è annualmente determinato dal Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Le

regioni monitorano l'andamento della spesa per acquisto dei dispositivi medici: l'eventuale superamento del predetto valore è recuperato interamente a carico della regione attraverso misure di contenimento della spesa sanitaria regionale o con misure di copertura a carico di altre voci del bilancio regionale. Non è tenuta al ripiano la regione che abbia fatto registrare un equilibrio economico complessivo”;

- **al comma 2**, ha stabilito che “Conseguentemente il tetto indicato alla lettera c) del comma 1 è fissato nella misura del 5,2%” (tetto poi rivisto, dapprima, con l'art. 15, comma 13 lettere a) b) e f), del D.L. n. 95/12, al 4,9% per l'anno 2013 e al 4,8% dall'anno 2014; di poi, con l'art. 1, comma 131, lettera b), della L. n. 228/12, che lo ha ridefinito al 4,8% per l'anno 2013 e, a decorrere dall'anno 2014, al 4,4%).

1.1 Dunque, **all'origine**, era stato fissato un unico tetto massimo di spesa, sia nazionale sia regionale, ed **era stato previsto che lo sforamento dovesse venire ripianato unicamente dalle Regioni**, senza alcun obbligo in capo alle imprese.

Ma dopo molti anni le cose sono cambiate.

II. Il D.L. 78/15 e la L. 145/18

2. Per circa quattro anni, infatti, il sistema del *payback* dei dispositivi medici è rimasto in stasi, fino all'intervento dell'**art. 9 ter** del **D.L. 78/15** (conv. in L. 125/2015), il quale:

- **al comma 1 lettera b)**, ha previsto che “*al fine di garantire, in ciascuna regione, il rispetto del tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici fissato, coerentemente con la composizione pubblico-privata dell'offerta, con accordo in sede di Conferenza*

permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, da adottare entro il 15 settembre 2015 e da aggiornare con cadenza biennale, fermo restando il tetto di spesa nazionale fissato al 4,4 per cento, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti a proporre ai fornitori di dispositivi medici una rinegoziazione dei contratti in essere ...”;

- al **comma 8** (nella versione in vigore fino al 31 dicembre 2018) ha stabilito che “Con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro il 30 settembre di ogni anno, è certificato in via provvisoria l'eventuale superamento del tetto di spesa a livello nazionale e regionale di cui al comma 1, lettera b), per l'acquisto di dispositivi medici, sulla base dei dati di consuntivo relativi all'anno precedente, rilevati dalle specifiche voci di costo riportate nei modelli di rilevazione economica consolidati regionali CE ...”;
- al **comma 9** ha poi previsto che “L'eventuale superamento del tetto di spesa regionale di cui al comma 8 ... è posto a carico delle aziende fornitrici di dispositivi medici per una quota complessiva pari al 40 per cento nell'anno 2015, al 45 per cento nell'anno 2016 e al 50 per cento a decorrere dall'anno 2017. Ciascuna azienda fornitrice concorre alle predette quote di ripiano in misura pari all'incidenza percentuale del proprio fatturato sul totale della spesa per l'acquisto di dispositivi medici a carico del Servizio sanitario regionale. Le modalità procedurali del ripiano sono definite, su proposta del Ministero della salute, con

apposito accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano”.

2.1 Pertanto, e per riassumere:

- (i) in riforma a quanto previsto dal D.L. 98/11, tenuto conto della eterogeneità della composizione pubblico-privata dell’offerta fra Regione e Regione, è stato stabilito che **il tetto massimo di spesa su base regionale dovesse essere, non più identico a quello nazionale (pur confermato), ma quello differenziato specificatamente previsto in sede di Conferenza permanente fra Stato, Regioni e Province Autonome, da quantificarsi in tale sede proprio tenuto conto, ripetesi, della varia composizione pubblico-privata dell’offerta;**
- (ii) che l’eventuale superamento del tetto di spesa nazionale e regionale dovesse essere provvisoriamente certificato da un D.M. di concerto fra Ministero della Salute e M.E.F., da adottarsi entro il 30 settembre di ogni anno, nonché basato sui dati di costo di cui ai modelli consolidati di conto economico regionale;
- (iii) che, ancora in modifica a quanto originariamente previsto dal D.L. 98/2011, **al ripiano non dovessero contribuire solo le Regioni, ma anche le aziende fornitrici dei dispositivi medici in misura pari all'incidenza percentuale del fatturato di ogni singola azienda sul totale della spesa** per l'acquisto di dispositivi medici del Servizio Sanitario Regionale (40% nell'anno 2015, 45% nell’anno 2016 e 50% a decorrere dall'anno 2017);

(iv) che le modalità tecniche per l'attuazione del ripiano dovessero essere stabilite, su proposta del Ministero della Salute, in sede di Conferenza Permanente Stato, Regioni e Province Autonome.

2.2 Sul sistema è poi intervenuta la L. 145/2018, che ha modificato il succitato comma 8 del D.L. 78/15, prevedendo sostanzialmente che: (i) il D.M. di certificazione dello sfornamento non dovesse più avere carattere provvisorio, ma da subito definitivo; (ii) la rilevazione dello sfornamento dovrà avvenire, a partire dal 2019 (periodo non qui di interesse), non più sulla base dei modelli di conto economico, ma sulla base delle fatture elettroniche dell'anno solare di riferimento, con l'obbligo di separare, nelle stesse, il costo del bene dal costo del servizio.

III. La circolare 22413/19 e l'Accordo 181/19.

3. Dopo circa un anno, il Ministero della salute, con la circolare 22413 del 29 luglio 2019, ha demandato agli enti del Servizio Sanitario Regionale una ricognizione della ripartizione del fatturato dei dispositivi medici tra i singoli fornitori, riconciliato con i valori contabilizzati nel modello di conto economico di ciascun anno 2015-2018.

3.1 Quanto, invece, alla quantificazione del tetto massimo di spesa su base regionale - delegata dal D.L. 78/15 alla Conferenza Permanente Stato, Regioni e Province Autonome - la stessa è intervenuta solo nel 2019 e, in particolare, con l'**Accordo n. 181/CSR del 7 novembre 2019**, valido per il quadriennio di interesse.

In detto Accordo, all'**art. 2**, è stato previsto che *“Per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, i tetti di spesa regionali sono fissati nella misura del 4,4 per cento dei fabbisogni sanitari regionali ...”*. Dunque, nessuna differenza con il

tetto massimo nazionale e, soprattutto, diversamente da quanto previsto dal D.L. 78/15, neanche l'ombra di differenziazioni conseguenti alla diversa composizione pubblico-privata dell'offerta tra le varie Regioni.

Quanto, invece, all'**art. 1** dell'Accordo, lo stesso ha indicato i criteri di individuazione dei tetti di spesa regionali per gli anni di riferimento 2015-2018: il finanziamento per il fabbisogno sanitario nazionale e regionale *standard*, il finanziamento per quote vincolate e obiettivi di piano, al netto delle somme erogate per il finanziamento di attività non rendicontate dagli enti del Servizio Sanitario Regionale e il costo di acquisto dei dispositivi medici, rilevato nella voce BA0210 - Dispositivi medici - del modello di rilevazione del conto economico.

IV. Il D.M. 15 settembre 2022 e il Decreto Aiuti *bis*

4. Ebbene, tale Accordo è stato l'ultimo capitolo prima degli odierni sviluppi, che hanno visto susseguirsi strettamente, fra date di emanazione e date di pubblicazione:

- il Decreto del Ministero della Salute, adottato di concerto con il M.E.F. e recante la "*Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018*" ("**D.M. di Certificazione o D.M. 15 settembre 2022**"), emanato il 6 luglio 2022, ma pubblicato in G.U.R.I. solo il 15 settembre 2022;
- e il D.L. 115/22, c.d. Decreto Aiuti *Bis*, emanato il 9 agosto 2022, entrato in vigore il 10 agosto 2022 e convertito in L. 142 del 21 settembre 2022.

4.1 Partendo da quest'ultimo, il **D.L. 115/22 ha introdotto, all'art. 9 ter del D.L. 78/15, il comma 9 *bis***, secondo cui:

- *“In deroga alle disposizioni di cui all'ultimo periodo del comma 9 e limitatamente al ripiano dell'eventuale superamento del tetto di spesa regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, dichiarato con il decreto del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze di cui al comma 8, le regioni e le province autonome definiscono con proprio provvedimento, da adottare entro novanta giorni dalla data di pubblicazione del predetto decreto ministeriale, l'elenco delle aziende fornitrici soggette al ripiano per ciascun anno, previa verifica della documentazione contabile anche per il tramite degli enti del servizio sanitario regionale. Con decreto del Ministero della salute da adottarsi d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano entro trenta giorni dalla data di pubblicazione del decreto ministeriale di cui al primo periodo, sono adottate le linee guida propedeutiche alla emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali. Le regioni e le province autonome effettuano le conseguenti iscrizioni sul bilancio del settore sanitario 2022 ... Le aziende fornitrici assolvono ai propri adempimenti in ordine ai versamenti in favore delle singole regioni e province autonome entro trenta giorni dalla pubblicazione dei provvedimenti regionali e provinciali. Nel caso in cui le aziende fornitrici di dispositivi medici non adempiano all'obbligo del ripiano di cui al presente comma, i debiti per acquisti di dispositivi medici delle singole regioni e province autonome, anche per il tramite degli enti del servizio sanitario regionale, nei*

confronti delle predette aziende fornitrici inadempienti sono compensati fino a concorrenza dell'intero ammontare ...”.

4.2 Il Decreto Aiuti Bis ha quindi introdotto una importante accelerazione nel sistema del *payback* dei dispositivi medici, stabilendo che:

- **dalla pubblicazione del D.M. di certificazione:** (i) entro 30 giorni, e con Decreto del Ministero della Salute d'intesa con la Conferenza Permanente fra Stato, Regioni e Province Autonome, devono essere adottate le linee guida per l'emanazione dei provvedimenti di ripiano; (ii) entro 90 giorni, le singole Regioni e Province Autonome devono emettere i provvedimenti di ripiano basati sulle linee guida;
- **dalla ricezione delle richieste di ripiano**, le imprese devono onorare il debito entro i 30 giorni, pena la compensazione con i crediti derivanti dagli acquisti a mezzo di evidenza pubblica, anche maturati dagli enti del Servizio Sanitario Regionale.

4.3 Ebbene, **visto che il D.M. di certificazione è stato pubblicato lo scorso 15 settembre 2022:**

- **il Decreto ministeriale contenente** le linee guida avrebbe dovuto essere adottato entro il 15 ottobre 2022 (invece, come si dirà, è stato pubblicato in G.U.R.I. il 26 ottobre 2022);
- le richieste di ripiano da parte delle Regioni e delle Province Autonome dovranno giungere entro il 14 dicembre 2022;
- l'obbligazione pecuniaria in capo alle imprese scadrà il 13 gennaio 2023.

4.4 Venendo al **D.M. pubblicato il 15 settembre 2022**, va rilevato che lo stesso, al comma 1, ha già fornito il primo concreto corpo al debito delle imprese, certificando il superamento nazionale e regionale del tetto di spesa per

il 2015 (dove non hanno sfiorato solo Lombardia, Lazio, Campania e Calabria), per il 2016 (dove non hanno sfiorato solo Lombardia, Lazio, Campania, Basilicata e Calabria), per il 2017 (dove non hanno sfiorato Lombardia, Lazio, Campania e Calabria) e anche per il 2018 (dove non hanno sfiorato solo Lazio e Campania).

Il medesimo decreto, al comma 2, ha poi rinviato alla più volte citate linee guida propedeutiche alla emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali di ripiano che dovrebbero appunto guidare le Regioni e le Province Autonome, indicando loro le modalità procedurali nell'individuazione del superamento dei tetti di spesa regionali.

Difetta, quindi, il minimo dettaglio su quali siano stati i dati concreti considerati ai fini del calcolo del superamento dei tetti di spesa nazionale e regionale, essendo stato piuttosto riportato unicamente un macro dato aggregato, asseritamente riferito alla spesa per acquisti di dispositivi medici. Nulla si dice sul come tale macro dato sia stato calcolato e quali voci di costo abbiano effettivamente concorso al risultato complessivo e quali invece siano state espunte e non considerate.

V. Le linee guida

5. La pubblicazione delle linee guida si è fatta attendere, nonostante circolasse una bozza del 14 settembre 2022 adottata in sede di Conferenza Regioni/Province Autonome, e su cui il 28 settembre 2022 è stata raggiunta l'intesa in sede di Conferenza Permanente.

Nell'ambito della bozza, tuttavia, l'intesa era stata subordinata a delle condizioni ben precise, che possono essere così riassunte. La richiesta da parte delle Regioni e delle Province autonome di disporre di un ente centrale, o

Ufficio ministeriale, che al pari di quanto avviene nel sistema farmaceutico con l'AIFA, certifichi i calcoli effettuati a livello regionale e provinciale relativi agli importi dovuti dalle singole imprese debtrici. La richiesta di attivazione di un tavolo di confronto con il Ministero dell'Economia e Finanze per definire criteri comuni di valutazione dei rischi e per la gestione dell'eventuale contenzioso. L'adozione di provvedimenti e modifiche normative necessarie, anche attraverso la costituzione di uno specifico tavolo di lavoro interistituzionale, per addivenire in tempi rapidi a definire una modalità analoga di ripiano del payback sia farmaceutico che dei dispositivi medici determinata sulla base dell'ammontare del superamento dei tetti nazionali e regionali della spesa farmaceutica e della spesa per l'acquisizione di dispositivi medici.

In sede di intesa del 28 settembre 2022, il Sottosegretario del Ministero della Salute, sulla prima richiesta, ha garantito l'impegno del Governo ad una soluzione condivisa, ricordando, però, che nel settore dei dispositivi medici, a differenza di quello farmaceutico, la gestione degli acquisti è di competenza regionale/provinciale. Il Sottosegretario ha inoltre genericamente assicurato l'avvio del tavolo di lavoro interistituzionale.

5.1 Il testo definitivo delle linee guida è poi giunto, come anticipato, il 26 ottobre 2022, con la pubblicazione in GURI del **Decreto del Ministero della Salute del 6 ottobre 2022** *“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”*.

Dette linee guida:

- all'**art. 3** prevedono che gli enti del Servizio Sanitario Regionale e Provinciale *(i)* procedano alla ricognizione delle fatture correlate ai costi iscritti alla voce "BA0210 – Dispositivi medici" del modello CE consuntivo nell'anno di riferimento del superamento del tetto di spesa, per gli importi contabilizzati alla medesima voce "BA0210"; *(ii)* conseguentemente, calcolino il fatturato annuo di ciascuna impresa al lordo dell'IVA, come somma degli importi delle fatture riferite ai dispositivi medici contabilizzati nel modello CE consuntivo dell'anno di riferimento, alla voce "BA0210 – Dispositivi medici"; *(iii)* entro 60 giorni dalla data di pubblicazione del D.M. di certificazione della spesa (i.e.: 15 settembre 2022), validino e certifichino, con deliberazione dei direttori generali, il fatturato relativo all'anno di riferimento per singola impresa, con successiva trasmissione alle Regioni e alle Province Autonome.
- all'**art. 4**, prevedono che le Regioni e le Province Autonome *(i)* verifichino la coerenza del fatturato complessivo indicato nelle succitate deliberazioni con quanto contabilizzato nella voce "BA0210 – Dispositivi medici" del modello CE consolidato regionale (999) dell'anno di riferimento *(ii)* al termine di detta verifica e entro comunque i 90 giorni dal 15 settembre 2022 (data di pubblicazione del DM di certificazione della spesa), adottino il decreto con l'elenco delle imprese debtrici e i relativi importi di ripiano, calcolati sulla base dell'incidenza percentuale del fatturato della singola società sul totale della spesa per l'acquisto di dispositivi medici a carico del relativo Servizio sanitario

regionale o provinciale e fino a concorrenza della quota complessiva di ripiano di cui al D.M. di certificazione.

Come evidente, non si tratta di vere linee guida ma, invero, molto superficialmente, della mera descrizione di un flusso di dati - peraltro già descritto nel complesso delle leggi e dei regolamenti disciplinanti la materia - mentre difetta completamente ogni possibile guida sulla metodologia che gli enti del Servizio Sanitario Regionale e le Regioni dovranno seguire per transitare dal macro-dato aggregato contenuto nel D.M. del 15 settembre 2022 (già apodittico e privo di ogni riferimento sull'*iter* di calcolo seguito), al micro-dato riguardante le specifiche somme da addebitare ad ogni azienda.

* * *

Tanto premesso, si precisa che la ricorrente è un'impresa operante nel settore dei dispositivi medici e che, nel quadriennio 2015-2018, ha eseguito numerosi contratti di fornitura in favore degli enti del Servizio Sanitario di varie Regioni che hanno sfiorato i tetti massimi di spesa. La ricorrente ha dunque interesse a contrastare sin d'ora i provvedimenti in conseguenza dei quali le medesime Regioni la chiameranno a ripianare, *pro* quota, il debito pubblico.

DIRITTO

I. VIOLAZIONE DELL'ART. 1375 C.C. E DEI CORRELATI PRINCIPI DI BUONA FEDE, LEGITTIMO AFFIDAMENTO E CERTEZZA DEI RAPPORTI CONTRATTUALI, NONCHE' DELL'ART. 87 DEL D.LGS. 50/2016. ECCESSO DI POTERE PER ARBITRARIETÀ E INGIUSTIZIA MANIFESTA. ILLEGITTIMITÀ DERIVATA PER CONTRASTO DELL'ART. 17 DEL D.L. 98/11 E

DELL'ART. 9 TER DEL D.L. 78/15 CON GLI ARTICOLI 3, 23, 41, 42, 53
E 97 DELLA COSTITUZIONE, CON L'ARTICOLO 1 DEL
PROTOCOLLO ADDIZIONALE N. 1 CEDU, CON GLI ARTICOLI 16,
17 E 52 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI UE,
NONCHE' COI PRINCIPI COSTITUZIONALI ED EUROUNITARI DI
UGUAGLIANZA, NON DISCRIMINAZIONE, PARITA' DI
TRATTAMENTO, LIBERTA' D'IMPRESA E LIBERA
CONCORRENZA.

1. Gli atti impugnati sono illegittimi sia per vizi propri, sia per vizi derivati
dall'illegittimità costituzionale della normativa a disciplina dell'intero sistema.

Si proceda, dunque, con ordine.

**SULL'ILLEGITTIMITÀ DEI PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI
IMPUGNATI.**

2. Come noto, con la stipula del contratto di appalto, il rapporto tra parte
pubblica e privata assume natura paritetica; pertanto, l'Amministrazione non
può sottrarsi agli obblighi nei confronti dell'appaltatore, fatti unicamente salvi
i poteri previsti dalla disciplina civilistica, nonché quelli eccezionali di
autotutela, sempre privatistica (quali la risoluzione per inadempimento o il
diritto di recesso).

Tale principio, infatti, “costituisce una garanzia per il cittadino, che sia
controparte contrattuale con la P.A., rispetto ad ogni intervento autoritativo
che possa in qualche modo pregiudicarne o condizionarne l'esecuzione, al di
fuori dei poteri contrattuali previsti dalla disciplina civilistica o dallo speciale
regime, sempre di diritto privato, cui il contratto stesso rimane integralmente
sottoposto” (cfr. Cons St., V, 27 dicembre 2013 n. 6262).

E' inoltre pacifico che “l'amministrazione è tenuta ad improntare la sua azione non solo agli specifici principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio generale di comportamento secondo buona fede ... ” (T.A.R. Venezia, III, 28 ottobre 2019, n. 1160) e che “l'affidamento nella sicurezza giuridica costituisce invero un valore fondamentale dello Stato di diritto, costituzionalmente protetto nel nostro ordinamento (cfr. Corte costituzionale, sentenze 17 dicembre 1985, n. 349, 14 luglio 1988, n. 822, 4 aprile 1990, n. 155, 10 febbraio 1993, n. 39) ... ” (T.A.R. Campania, Napoli, IV, 25 settembre 2012, n. 3928).

Ebbene, nella specie, a dispetto di quanto sopra, la parte pubblica contrattuale è intervenuta autoritativamente e retroattivamente su tutti i contratti di appalto pubblici stipulati nel 2015/2018 nel settore dei dispositivi medici, imponendo in modo unilaterale all'operatore economico la decurtazione dei prezzi già corrisposti (!), senza che vi sia stato neanche un parziale inadempimento delle imprese.

Il che, in modo evidente, viola il principio di buona fede e correttezza contrattuale, oltre che il legittimo affidamento del privato a conseguire e mantenere il prezzo negoziato e il canone di certezza nei rapporti contrattuali.

Ma non è tutto.

2.1 Infatti, le imprese partecipano alle gare pubbliche sottoponendo delle offerte, oltre che obbligatoriamente al ribasso rispetto alle basi d'asta precostituite dalle stesse stazioni appaltanti, anche vincolate - *ex art. 87 del D.Lgs. 50/16* - ad un prezzo necessariamente remunerativo rispetto ai costi per la produzione e/o per l'acquisto dei beni, per consegna e logistica, per la

remunerazione del lavoro e per ogni altra variabile legata alle dinamiche aziendali e alle specificità del singolo appalto.

Sicché, la aberrante pretesa restitutoria che promana oggi dalla parte pubblica comporta il concreto rischio della sopravvenuta insostenibilità economica delle commesse. E ciò, moltiplicato per plurimi rapporti, potrà determinare a cascata gravi crisi di liquidità, a danno anche all'interesse pubblico (che non è certo far fallire le imprese, men che meno quelle che operano in settori cruciali per garantire i livelli essenziali di assistenza sanitaria).

3. Né la lesione dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi della ricorrente e delle altre imprese del settore può trovare giustificazione nelle disposizioni contenute nell'art. 17 del D.L. 98/11 e nell'art. 9 *ter* del D.L. 78/15. Tali disposizioni, difatti, vanno considerate *tamquam non essent*, in quanto contrarie a numerosi precetti di rango costituzionale ed eurounitario, con conseguente illegittimità, anche, degli atti amministrativi ivi impugnati.

Valga quanto segue.

SULL'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 17 DEL D.L. 98/11 E DELL'ART. 9 TER DEL D.L. 78/15 PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ EX ARTT. 3 E 97 COST.

3.1 L'impianto normativo posto a base del sistema del *payback* è incostituzionale per violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza di cui agli articoli 3 e 97 della Costituzione.

È nota a chi scrive la posizione della Corte costituzionale che, in passato, ha affermato la legittimità dell'individuazione di tetti di spesa nel settore sanitario sulla base di considerazioni di natura economico/finanziaria (cfr., Corte cost. n.

111/05). Tuttavia, dalla medesima giurisprudenza della Corte si evince che tali considerazioni non possono mai prescindere dal rispetto dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza. Qualsiasi imposizione, restrizione e criterio di compartecipazione devono essere rispettosi di tali principi. In particolare, che la proporzionalità costituisca uno dei principi cardine del criterio di ragionevolezza è principio noto fin dal 1988, allorquando la Corte costituzionale ha avuto modo di sostenere che *“il giudizio di ragionevolezza [...] si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti”* (Corte Cost. n. 1129/88; cfr. anche Corte Cost. n. 40/90).

3.1.1 Nella specie, in modo aberrante, i tetti di spesa, in primis quello nazionale, e a seguire quelli regionali, sono stati definiti senza alcun riferimento alla realtà dei fabbisogni sanitari, senza tenere conto delle esigenze degli enti del servizio sanitario, del rispetto dei livelli essenziali di assistenza, di parametri oggettivi in materia di bisogno e domanda di salute pubblica. Tutto il contrario.

Il tetto massimo di spesa per dispositivi medici, dalla sua prima determinazione al 5.2% del fondo sanitario nazionale (di cui alla legge 111/2011 art.17, di conversione del D.L. 98/2011), ai vari successivi interventi al ribasso (4,9%, poi 4,8% e infine 4,4% a decorrere dal 2014), è stato determinato sempre e solo sulla base di criteri di natura contabilistica, cercando di dare una copertura a varie ipotesi finanziarie prescindendo colpevolmente, del tutto, da valutazioni riguardanti la congruità del tetto rispetto ai livelli di assistenza da assicurare, alla domanda di salute, al fabbisogno reale.

E ciò è apparso vero fin da subito, posto che dal 2015 al 2020 il tetto di spesa è stato sistematicamente superato con uno sfioramento in crescita costante nel corso degli anni, passando da uno sfioramento di circa 1 miliardo di euro nel 2015 (1.041MM€) ad uno sfioramento di 1.6 miliardi di euro nel 2020 (1.642MM€), ben 600 milioni di euro in soli 6 anni. In termini percentuali ciò si è tradotto in uno sfioramento del 21.7% nel 2015 e 2016, 22.4% nel 2017, 25.9% nel 2018, 28.3% nel 2019, 31% nel 2020. L'irragionevolezza e la sproporzione dovute all'evidente sottofinanziamento della spesa sono dunque lampanti.

Il tetto è evidentemente inadeguato, disancorato dalla realtà della domanda, senza alcuna programmazione e visione prospettica sui reali bisogni e in totale spregio della congruità del tetto rispetto ai livelli di assistenza da assicurare. È arbitrario e incoerente. Irragionevole e sproporzionato.

3.1.2 E la violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione è vieppiù evidente se si guarda al fatto che le imprese del settore dei dispositivi medici non hanno alcuno strumento per poter influenzare i fabbisogni e i consumi.

Le imprese non sono responsabili e non influenzano in alcun modo la domanda. La fornitura di dispositivi medici agli enti del Servizio Sanitario Nazionale passa infatti attraverso procedure di gara ad evidenza pubblica regolate dalle stringenti regole dettate dal Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016). I fabbisogni, la domanda, i quantitativi, le tempistiche sono pertanto determinati e decisi a livello centralizzato regionale o, addirittura, nazionale.

L'art. 1, c. 449, della legge 296/2006 prevede difatti che gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento o convenzioni-quadro stipulate

da Consip, potendo procedere all'indizione di gare autonome solo qualora non siano operative le predette convenzioni. E ancora il comma 450 dell'art. 1 della medesima legge prevede che, fermi restando gli obblighi previsti al comma 449, gli enti del Servizio Sanitario nazionale, per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario, sono tenuti a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione (MEPA) ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure. E ancora, il DL 66/2014 convertito in legge 89/2014, all'art. 9, prevede l'istituzione dell'elenco dei soggetti aggregatori di cui fanno parte Consip S.p.A. e una centrale di committenza per ciascuna regione a cui gli enti del servizio sanitario nazionale devono obbligatoriamente ricorrere per lo svolgimento delle procedure di approvvigionamento, fatte salve limitate eccezioni per determinate categorie di beni e servizi e determinate soglie di acquisto *de minimis*. I contratti stipulati al di fuori dei canali autorizzati sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa.

È quindi di tutta evidenza che, in tale contesto di centrali di acquisto regionali o nazionali, la possibilità per le imprese di indurre e/o influenzare le decisioni di acquisto attraverso la pressione promozionale è totalmente obliterata. I contratti di fornitura derivano invero da gare d'appalto decise e pianificate a livello centrale molti mesi prima della loro indizione, a mezzo di una fase istruttoria molto complessa e articolata e gestite e decise da centrali di committenza.

Nel settore dei dispositivi medici, inoltre, le procedure sono vere e proprie gare, che vedono un reale confronto competitivo tra più concorrenti, con una

fortissima concorrenza sui prezzi e un prezzo finale di aggiudicazione valido per tutti gli enti del territorio di competenza della centrale di committenza. A voler fare un parallelismo con altro settore soggetto ad un regime di *payback*, il settore farmaceutico, la differenza è sensibile. Difatti nelle gare d'appalto indette per l'approvvigionamento di farmaci vi è un reale confronto competitivo solo successivamente alla scadenza della protezione brevettuale sul principio attivo del medicinale. In vigenza di brevetto, si assiste tipicamente alla predisposizione di lotti separati e dedicati, senza possibilità di alcun confronto competitivo. Se poi si pensa ai farmaci biologici, anche in assenza di copertura brevettuale le gare vengono comunque strutturate al fine della stipula di accordi quadro con aggiudicazione a tre operatori (medicinale biologico c.d. originator e biosimilari) per salvaguardare la libertà prescrittiva del medico.

A tale rigido contesto a cui gli approvvigionamenti dei dispositivi medici sono sottoposti, è evidentemente estranea anche la pressione promozionale esercitata sul medico prescrittore, fenomeno invece tipico del settore farmaceutico con riferimento ai medicinali soggetti a prescrizione distribuiti agli assistiti tramite le farmacie del territorio. A ciò si aggiunga che alle aziende fornitrici di dispositivi medici non è neppure consentito interrompere le forniture al Servizio Sanitario nazionale in quanto ciò costituirebbe reato (cfr. art. 355 c.p., che punisce *“chiunque, non adempiendo agli obblighi che gli derivano da un contratto di fornitura concluso con lo Stato o con un altro ente pubblico, ovvero con un'impresa esercente servizi pubblici o di pubblica utilità, fa mancare, in tutto o in parte, cose od operare che siano necessarie ad uno stabilimento pubblico od ad un pubblico servizio”*).

In conclusione: **nessuna possibile pressione promozionale, nessuna possibilità di influenzare la domanda, nessuna possibilità di ingenerare il bisogno. Le imprese sono spettatrici, nel senso etimologico del termine. Guardano alla Pubblica Amministrazione affinché quest'ultima renda manifesti i propri fabbisogni attraverso procedure ad evidenza pubblica. La domanda è unilateralmente determinata dagli enti del Servizio Sanitario nazionale. Le imprese non contribuiscono in alcun modo a determinare la domanda e quindi nemmeno la spesa annua. Spesa che, di conseguenza, le aziende fornitrici non sono in grado né di controllare né di prevedere. L'impresa non può quindi sapere quale sarà l'entità dello sforamento del tetto di spesa. Sforamento di cui è comunque incolpevole. È quindi il tetto in sé e per sé, così come determinato unilateralmente e sganciato dai reali fabbisogni, ad essere gravemente irragionevole.**

SULL'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 17 DEL D.L. 98/11 E DELL'ART. 9 TER DEL D.L. 78/15 PER VIOLAZIONE, SOTTO ALTRO PROFILO, DEGLI ARTT. 3 E 97 COST.

3.2 Tanto eccepito, sussiste un ulteriore aspetto di irragionevolezza: l'aver posto sotto il medesimo indifferenziato tetto di spesa prodotti che nulla hanno a che fare tra di loro, appartenenti a differenti mercati rilevanti e che, come tali, rispondono a diversi impulsi e dinamiche di mercato.

Valga quanto segue.

3.2.1 È noto che la categoria dei “dispositivi medici” è forse quella più vasta e a più alto tasso di differenziazione nel mondo della Sanità.

Una prima differenziazione d'obbligo (per la legge) è quella tra le due macrocategorie dei dispositivi medici e dei dispositivi impiantabili attivi (oggi

disciplinati dal Regolamenti UE 745/2017 e dal D. Lgs 137/2022) e dei dispositivi diagnostici in vitro (oggi disciplinati dal Regolamento 746/2017 e dal D. lgs. 138/2022). Una seconda relevantissima differenziazione è data dal fatto che i dispositivi medici sono classificati - con conseguente diverso regime regolatorio di validazione e certificazione - secondo differenti classi di rischio, e cioè classi I, IIa, IIb e III per i dispositivi medici e dispositivi impiantabili attivi e classi A, B, C e D per i dispositivi diagnostici in vitro. La differente classificazione si spiega (ancora) sulla base di differenti macrocategorie (es.: Dispositivi non Invasivi, Invasivi, Attivi) e della differente destinazione d'uso dei dispositivi stessi.

Più prosaicamente, la varietà, disomogeneità e vastità del mondo dei dispositivi medici si percepisce semplicemente pensando che sotto tale categoria ricadano gli aghi, i cerotti, le garze mediche, le siringhe, i bisturi e tutto lo strumentario di sala operatoria, le sacche per la gestione della stomia, i dispositivi per manipolazione cellulare e biologica, i reagenti diagnostici, i dispositivi per endoscopia, le protesi, i dispositivi medici software, la strumentazione per bioimmagini e radioterapia, etc. Per non dilungarsi, è sufficiente consultare la Classificazione Nazionale dei Dispositivi Medici, accessibile dal sito del Ministero della Salute, per rendersi conto di tale vastità, eterogeneità e disomogeneità.

Ebbene, come facilmente intuibile, siamo in presenza di mercati diversi, rispondenti a differenti dinamiche e logiche.

3.2.2 Se è vero, come visto, che generalmente si può sostenere che le Regioni, le Province Autonome e gli enti del Servizio Sanitario regionale si approvvigionano di (quasi tutti i) dispositivi medici a mezzo di gare d'appalto,

è altrettanto vero che vi sono molteplici fattori che differenziano e influenzano la spesa e le dinamiche di acquisto e consumo.

Per citarne solo alcuni: i) alcuni dispositivi medici sono assoggettati ai prezzi di riferimento pubblicati periodicamente dall'ANAC (i.e.: un prezzo unico valido per tutto il territorio nazionale) ed altri no; ii) alcuni dispositivi medici possono essere installati solo in ambito ospedaliero e altri no; iii) la maggioranza dei dispositivi medici è prodotta in maniera seriale, mentre alcuni sono prodotti su misura o adattati da prodotti seriali; iv) alcuni dispositivi medici prevedono servizi ancillari come, ad esempio, il servizio di distribuzione territoriale e/o domiciliare ed altri no; v) alcuni dispositivi medici sono soggetti a prescrizione o scelta del medico e altri no; vi) alcuni dispositivi medici richiedono come obbligatoria l'assistenza di un medico o altro professionista sanitario ed altri no.

Su tutto, la domanda di dispositivi medici è fortemente variabile e condizionata dalla diversa tipologia, classificazione, destinazione d'uso e fabbisogno contingente di un determinato dispositivo. È di tutta evidenza come la domanda di garze mediche o siringhe non possa essere paragonata alla domanda di protesi o alla domanda di sacche per la gestione della stomia o reagenti diagnostici.

Nonostante quanto sopra, il legislatore ha previsto un tetto di spesa unico e indifferenziato senza curarsi della frammentarietà ed eterogeneità del settore, fattori che inevitabilmente ne influenzano i fabbisogni, le decisioni d'acquisto e quindi, da ultimo, la spesa.

3.2.3 La mancata differenziazione comporta che qualsiasi acquisto di qualsiasi tipologia di dispositivo medico soggetto al tetto di spesa, contribuisca all'ammontare della spesa e quindi, in caso di sfioramento del

tetto, all'obbligo di ripiano da parte di tutte le aziende fornitrici indipendentemente da quale sia stato il contributo di ciascuna azienda alla spesa.

Perché, se è vero che ciascuna azienda è chiamata a contribuire in proporzione all'incidenza percentuale del proprio fatturato sulla spesa complessiva regionale per dispositivi medici, è altrettanto vero che, se non l'ammontare, comunque l'obbligo di ripiano scaturisce da dinamiche dal lato della domanda (sempre decise unilateralmente dalla pubblica amministrazione) che comportano un contributo alla spesa in misura largamente diversa tra impresa e impresa.

Paradossalmente, un'impresa che fornisca un solo articolo di un solo dispositivo medico in un dato anno è comunque chiamata a contribuire alla spesa. In sostanza, le imprese sono chiamate a ripianare sempre e comunque a fronte di fabbisogni e dinamiche di mercato di cui non sono minimamente responsabili e di cui non hanno il minimo controllo.

3.2.4 Tale illegittimo scenario è vieppiù evidente se si guarda al settore del farmaco dove, come accennato, vige un sistema simile di contributo allo sfioramento del tetto di spesa dei farmaci da parte delle imprese farmaceutiche. Ebbene, nel settore del farmaco, vige un sistema di tetti differenziati: un tetto per la c.d. spesa per acquisti diretti (i.e.: spesa ospedaliera, inclusa la c.d. distribuzione diretta e per conto), un tetto per la c.d. spesa convenzionata (i.e.: distribuzione dei medicinali agli assistiti tramite le farmacie convenzionate) e ancora un tetto a parte per i c.d. farmaci innovativi. E diversi sono i soggetti chiamati a ripianare in ragione dei diversi canali di vendita, della diversa tipologia e regime di classificazione dei farmaci, dei diversi fabbisogni e delle

diverse dinamiche che influenzano la domanda. Nulla di tutto ciò nel settore dei dispositivi medici.

In questo settore, invece, è previsto un tetto unico, indifferenziato a livello regionale e indifferenziato per tipologie di prodotto, con conseguente sua ulteriore irragionevolezza e sproporzione.

SULL'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 17 DEL D.L. 98/11 E DELL'ART. 9 TER DEL D.L. 78/15 PER VIOLAZIONE, SOTTO ALTRO PROFILO, DEI PRINCIPI DI RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ EX ART. 3 COST. E PER VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 41 COST. E 97 COST.

3.3 Oltre a quanto sopra, le disposizioni di legge - consentendo all'Amministrazione di modificare autoritativamente e retroattivamente il prezzo della fornitura – violano l'art. 3 della Cost. sotto un ulteriore profilo, nonché gli artt. 41 e 97 della medesima carta fondamentale.

Difatti, introducono un sistema che limita irragionevolmente la libertà d'impresa e costringono l'operatore economico a sopportare il rischio di perdite imprevedibili nell'an e nel quantum, poiché, per come già esposto, legate ad eventi del tutto estranei alla sua sfera di controllo, in assenza di proporzionalità tra la compressione del legittimo affidamento dell'appaltatore e l'intento di contenimento della spesa pubblica, nonché in spregio ai principi di certezza del diritto e dei rapporti economici.

Il sistema, invero, determina una situazione altamente instabile ad esclusivo danno e scapito degli operatori economici, che dovrebbero fare invece affidamento sugli effetti prodotti da un contratto di appalto e sul prezzo pattuito per remunerare le obbligazioni a loro carico. Al contrario, per tale via, le imprese saranno disincentivate a partecipare a gare relative a dispositivi medici

e in generale a fornire tali beni agli enti del Sistema Sanitario Regionale. Il che, peraltro, determinerà un grave pregiudizio anche all'interesse generale, dal momento che il Sistema Sanitario Regionale, a meccanismo inalterato, avrà difficoltà a trovare operatori privati disposti ad assumersi il rischio di fornire dispositivi medici a condizioni così aleatorie, precarie e sfavorevoli.

3.3.1 Né si dica che le imprese, allorquando assumono l'impegno di fornire dispositivi medici al Servizio Sanitario Regionale, potrebbero mitigare il rischio di perdite proponendo un prezzo maggiorato in proporzione all'alea.

Difatti, in tal modo, si verificherebbe un ulteriore sforamento artificioso dei tetti di spesa, di cui ancora una volta sarebbero chiamate a partecipare le imprese che, in tale circolo vizioso, per evitare appalti in perdita, dovrebbero finire per praticare prezzi abnormi. Ebbene, un tale meccanismo paradossale capovolgerebbe le esigenze di contenimento della spesa pubblica con conseguente ulteriore irragionevolezza del sistema, ma sarebbe per di più in concreto inattuabile, per almeno un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, perché, come detto, le imprese non sono affatto libere di determinare i prezzi delle forniture, ma sono vincolate a quelli fissati dalle stazioni appaltanti con le basi d'asta, sulle quali sono anche obbligate ad operare un ribasso. E tanto basta. In secondo luogo, perché, come altresì spiegato, all'atto dell'offerta, le imprese ignorano il livello di eventuale sforamento dei tetti di spesa da parte delle singole Regioni e, anzi, ignorano pure la misura dei tetti stessi che, in base al D.L. 78/15, vanno definiti - non *ex ante* - bensì entro il "15 settembre" di ogni biennio, con conseguente impossibilità di quantificare verosimili delta di rischio, se anche mai compatibili con le basi d'asta. Si aggiunga che le forniture di dispositivi medici hanno durata tipicamente

pluriennale, peraltro dilatata dalle proroghe sistematicamente dovute ai noti endemici ritardi nell'indizione e svolgimento delle gare. Ciò significa che, per abbattere il rischio di offerte insostenibili tramite impossibili e irragionevoli maggiorazioni dei prezzi, le imprese dovrebbero per di più letteralmente saper leggere nel lungo futuro, ipotizzando tetti e sforamenti nell'anno in corso ed anche in quelli a venire, disallineati rispetto al periodo di riferimento dei tetti stessi.

3.3.2 Da quanto sopra emerge un'ulteriore questione d'incostituzionalità del *payback*, visto che il legislatore ha delineato un sistema in cui i tetti di spesa regionali non sono fissati *ex ante* e noti alle imprese prima di assumere impegni con gli enti del Servizio Sanitario, bensì sono stabiliti solo entro il “15 settembre” di ogni biennio, con efficacia retroattiva a singhiozzo rispetto a prestazioni già eseguite oppure a contratti stipulati ancor prima, in presenza di differenti tetti o quando il *payback* neanche esisteva.

Eppure, l'obiettivo del contenimento della spesa pubblica va necessariamente bilanciato con le legittime aspettative degli operatori privati e la loro esigenza di agire con una logica imprenditoriale sulla base di un quadro, nei limiti del possibile, certo e chiaro circa impegni economici e regole applicabili, in coerenza con il fondamentale principio di certezza dei rapporti giuridici. **Il che esclude che la compartecipazione allo sfornamento dei tetti regionali possa comunque ripercuotersi sulle prestazioni già eseguite al prezzo pattuito.**

In ogni caso, i principi di buona amministrazione impongono l'esplicazione di scelte programmatiche all'inizio dell'anno, con la fissazione almeno di tetti provvisori desunti dai dati disponibili relativi alle norme finanziarie già in vigore, rinviando al “15 settembre” semmai la quantificazione definitiva, in

modo da orientare l'operatore, nei limiti in cui è possibile, su scelte meno aleatorie.

SULL'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 17 DEL D.L. 98/11 E DELL'ART. 9 TER DEL D.L. 78/15 PER VIOLAZIONE, SOTTO ALTRO PROFILO, DELL'ART. 3 COST. E PER VIOLAZIONE DELL'ART. 53 COST., NONCHÉ PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI EUROUNITARI DI UGUAGLIANZA, NON DISCRIMINAZIONE E PARITÀ DI TRATTAMENTO.

3.4 Dirimente quanto sopra, le leggi in questione vanno dichiarate illegittime anche in relazione alla loro sostanziale natura fiscale-tributaria, anzitutto per violazione del principio costituzionale di uguaglianza e ragionevolezza *ex art.* 3 e 53 Cost.

Nella specie, e anzitutto, si è al cospetto di un regime fiscale *ad hoc* che colpisce in modo del tutto irrazionale la sola categoria dei fornitori dei dispositivi medici, con conseguente prima immediata lesione del principio secondo cui tutti devono concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Difatti, siamo in presenza di un'imposizione tributaria che incide solo sui redditi di alcune imprese e non tocca minimamente le altre, anche se operanti nello stesso settore sanitario (ristorazione, servizi di pulizia e fornitura di beni che non sono dispositivi medici). Inoltre, colpisce in misura assolutamente casuale le imprese che forniscono dispositivi medici con imposizioni che prescindono dai livelli di reddito.

Ma non è tutto, poiché sussiste una ulteriore discriminazione anche all'interno dello stesso macrosettore discriminato. Infatti, il prelievo forzoso non è nemmeno applicato al fatturato complessivo delle forniture pubbliche per dispositivi medici tramite una (per quanto discriminatoria) "aliquota" unica.

bensì è applicato alle singole parti di fatturato relative alle forniture eseguite nelle Regioni che hanno superato i tetti di spesa. Per cui, un'impresa che ha fornito i suoi dispositivi prevalentemente in Regioni che hanno sforato di molto si troverà a subire un prelievo superiore a quello di un diretto *competitor* che, per puro caso, abbia fornito prevalentemente in Regioni a minor sfioramento e/o in Regioni che non abbiano invece sforato. **Il che significa che operatori economici operanti nel medesimo settore, in maniera totalmente irragionevole e casuale, si troveranno a subire prelievi differenti anche a parità di fatturato specifico complessivo.** E ancora, sempre in base al medesimo aleatorio meccanismo, **il prelievo potrà invece incidere nella stessa misura a carico di imprese che hanno un differente fatturato specifico.**

E, di nuovo, non è tutto, atteso che ciò rileva anche in termini di violazione dei principi euronitari di eguaglianza, non discriminazione e parità di trattamento, i quali impongono che *“situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato”* (CGUE, 4 maggio 2016, n. 477/14).

3.4.1 Sussiste inoltre la violazione degli articoli 3 e 53 della Costituzione anche in relazione al principio secondo cui lo stesso indice di capacità contributiva non giustifica la sovrapposizione di più imposte, perché ogni imposta deve avere un presupposto autonomo, dovendo colpire materie tassabili diverse. **Nella specie, infatti, si pretende di colpire la stessa materia già tassata ai fini IRES ai sensi del D.P.R. 917/86.** Anzi peggio.

Difatti, il prelievo è arbitrariamente rapportato all'incidenza percentuale del fatturato di ogni singola azienda sul totale della spesa per l'acquisto dei

dispositivi medici nelle Regioni che hanno sfiorato i tetti, cioè ad un parametro che prescinde dalla capacità contributiva e neppure tiene conto dei costi di produzione della specifica quota di fatturato sul quale è rapportato. Pertanto, il prelievo di specie non è coerente con il presupposto delle imposte sui redditi d'impresa che, a norma dell'art. 75 comma 1 del D.P.R. 917/86, "si applica sul reddito complessivo netto".

La Consulta ha già chiarito che la discrezionalità di cui gode il legislatore nel fissare il presupposto d'imposta "*non si traduce in un potere discrezionale altrettanto esteso nell'individuazione dei singoli elementi che concorrono alla formazione della base imponibile, una volta identificato il presupposto d'imposta: quest'ultimo diviene, infatti, il limite e la misura delle successive scelte del legislatore*". È del resto principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte che il controllo «in ordine alla lesione dei principi di cui all'art. 53 Cost., come specificazione del fondamentale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.», si riconduce a un «giudizio sull'uso ragionevole, o meno, che il legislatore stesso abbia fatto dei suoi poteri discrezionali in materia tributaria, al fine di verificare la coerenza interna della struttura dell'imposta con il suo presupposto economico» (sentenza n. 116 del 2013; ma anche, ex plurimis, sentenze n. 10 del 2015, n. 223 del 2012, n. 111 del 1997, nonché, in senso analogo, già sentenza n. 42 del 1980) (cfr. Corte Cost., 4 dicembre 2020 n. 262).

Quindi, una volta che il legislatore, nella sua discrezionalità, abbia identificato l'indice di capacità contributiva delle imprese col "reddito complessivo netto", non può poi rompere il vincolo di coerenza, prevedendo

solo per alcune categorie di imprese un'imposta (*rectius*, doppia imposta)

ad hoc che neppure distingue tra ricavi e utili d'impresa..

Né potrebbe opporsi, a sostegno dell'attuale aberrante prelievo, un preteso carattere eccezionale e temporaneo della misura. Difatti – fermo che “*la temporaneità dell'imposizione non costituisce un argomento sufficiente a fornire giustificazione a un'imposta, che potrebbe comunque risultare disarticolata dai principi costituzionali*” (Corte Cost., sentenza n. 262/20) - si osserva tale carattere non è nemmeno riferibile alle norme qui contestate. Infatti, il sistema del *payback* è stato introdotto in modo permanente, nella piena consapevolezza da parte del legislatore di un *deficit* strutturale degli stanziamenti occorrenti per dotare di dispositivi medici gli enti del servizio sanitario (comprovato dal fatto che, anno per anno, quasi tutte le Regioni hanno sfiorato i tetti di spesa).

***SULL'INCOMPATIBILITÀ EUROUNITARIA E COMUNQUE ILLEGITTIMITÀ
COSTITUZIONALE DELL'ART. 17 DEL D.L. 98/11 E DELL'ART. 9 TER DEL
D.L. 78/15 PER VIOLAZIONE DELL'ART. 17 DELLA CARTA DI NIZZA,
NONCHÉ' PER VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 42 E 23 COST. E DELL'ART. 1
DEL PROT. ADDIZIONALE N. 1 ALLA CEDU.***

3.5 Fermo quanto sopra, si osserva che le disposizioni sul *payback* violano altresì il diritto di proprietà e il principio di legalità delle imposizioni patrimoniali, rispettivamente tutelati dagli articoli 42 e 23 della Costituzione, nonché l'articolo 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU e l'articolo 17 della Carta dei Diritti Fondamentali UE (“Carta di Nizza”) - a loro volta parametri di costituzionalità *ex artt.* 10, co. 1, 11 e 117, co. 1, della Cost. (“*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della*

Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”).

In base alle predette disposizioni costituzionali, eurounitarie e pattizie, ogni imposizione di natura tributaria e patrimoniale costituisce un'ingerenza nel diritto di proprietà, che è giustificata, nel perseguimento dell'interesse generale e della pubblica utilità, solo se rispettosa, fra l'altro, del principio di legalità, anche inteso come qualità della norma impositiva (**dell'assenza di ragionevolezza e proporzionalità, infatti, si è già abbondantemente detto**).

3.5.1 Nella specie, volendo svolgere il c.d. “*fair balance test*”, emerge che la mancanza di chiarezza e di precisione della legge non consente alle imprese di regolare la propria condotta sulla base delle conseguenze prevedibili derivanti da una determinata azione (cfr. Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Dimitrovi c. Bulgaria, 3 marzo 2015). Infatti, l'*an* ed il *quantum* del prelievo forzoso dipendono da fattori casuali, imprevedibili ed estranei alla sfera di controllo dei fornitori di dispositivi medici. La sua attivazione, piuttosto, è connessa ai comportamenti degli stessi “enti impositori”, che impongono arbitrari tetti di spesa e poi, anche in ragione della loro inadeguatezza, sistematicamente li sforano, alcuni di molto, altri di meno, alcuni no, determinando il presupposto o meno dell'imposta e la sua concreta entità, che può variare di volta in volta e da Regione a Regione (come di fatto avviene).

Da ciò consegue, come già rilevato, che le imprese del settore, allorquando forniscono dispositivi medici, non sono in grado di prevedere se ed in che misura ciò comporterà a loro carico un'imposizione aggiuntiva, tanto più tenuto conto che i tetti di spesa regionali sono tipicamente fissati dopo e non prima, **fermo che la questione non muterebbe anche in caso di anticipata**

conoscenza dei tetti, non potendosi prevedere se saranno sforati e di quanto.

3.5.2 Ma non solo, infatti, la norma di legge manca totalmente di chiarezza e tipicità nel non aver definitivo con la dovuta precisione i confini dell'ambito applicativo del *payback*: quali dispositivi medici vi rientrano e quali no, se e come computare i dispositivi medici ad utilità pluriennale, se i servizi accessori e ancillari agli acquisti dei beni siano esclusi o meno. Le gravi lacune della legge trovano conferma nel fatto che, con riferimento al regime di *payback* valido a partire dal 2019, alcuni di tali aspetti cruciali, in particolare l'esclusione dal regime del *payback* dei dispositivi ad utilità pluriennale, sono stati surrettiziamente, e in maniera del tutto insufficiente e generica, integrati dal Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze (circolare 7435 del 17/03/2020).

Ora, fermo che detta circolare non è applicabile al quadriennio di specie, in ogni caso, come noto, proprio ai sensi dell'art. 23 della Cost. e delle succitate disposizioni pattizie e eurounitarie, deve essere solo ed esclusivamente la legge a individuare il presupposto e i criteri di determinazione dell'imposizione patrimoniale. Non certo una circolare interministeriale, che, peraltro, per il periodo di interesse 2015/2018 neanche è stata adottata, difettando, sul punto, qualsivoglia indicazione anche nelle linee guida.

Sicché, ad oggi non è dato sapere sulla base di quali presupposti e criteri sarà applicata dalla Regioni l'imposizione patrimoniale introdotta con il *payback*.

3.5. In sostanza, le imprese dovrebbero fornire dispositivi medici assumendosi il rischio di prelievi forzosi determinati **solo a posteriori, sulla**

base di fattori prima non conosciuti e non conoscibili, ma potenzialmente in grado di determinare cospicue decurtazioni del reddito d'impresa e l'insostenibilità della commessa.

SULL'INCOMPATIBILITÀ EUROUNITARIA DELL'ART. 17 DEL D.L. 98/11 E DELL'ART. 9 TER DEL D.L. 78/15 CON GLI ARTT. 16 E 52 DELLA CARTA DI NIZZA.

3.6 La normativa in esame contrasta anche con i principi eurounitari di libertà di impresa e libera concorrenza di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, perché assicura, come detto, un vantaggio anticompetitivo ad alcune imprese a scapito di altre.

Né, come visto, tali limitazioni sono funzionali a finalità di interesse generale e men che meno rispettano i principi di legalità, proporzionalità e ragionevolezza che l'art. 52 della medesima Carta di Nizza esige per ogni eventuale compressione dei diritti e delle libertà di impresa.

CONCLUSIONI

4. Per quanto esposto, pertanto, si chiede l'integrale annullamento degli atti impugnati:

a) previa disapplicazione dell'art. 17 del D.L. 98/11 e dell'art. 9 *ter* del D.L. 78/15 per contrasto con i principi eurounitari di legalità, uguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione e con gli articoli 16, 17 e 52 della Carta di Nizza che, ai sensi dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, hanno “*lo stesso valore giuridico dei trattati*” e sono direttamente applicabili nel diritto interno quando la materia sia di competenza del diritto dell'Unione - come nella specie, trattandosi di controversia che interferisce sugli appalti pubblici, sulla libertà di impresa e di concorrenza;

b) ovvero, previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, affinché si pronunci sul quesito se *“i principi eurounitari di legalità, uguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione e gli articoli 16, 17 e 52 della Carta di Nizza ostino ad una normativa nazionale, quale quella contenuta nell'art. 17 del D.L. 98/11 e nell'art. 9 ter del D.L. 78/15, in base alla quale è imposto un prelievo forzoso solo a carico delle imprese che forniscono dispositivi medici ad enti del servizio sanitario pubblico e che, peraltro, colpisce in misura totalmente irragionevole e anticoncorrenziale le imprese del medesimo settore mediante imposizioni disallineate rispetto alla capacità contributiva ed anche al fatturato specifico complessivo, legate solo a fattori casuali, imprevedibili ed estranei alla sfera di controllo delle imprese stesse, quali lo sforamento o meno dei tetti di spesa nelle Regioni in cui hanno rapporti di fornitura in corso ed il livello di sforamento in quelle Regioni”*;

c) ovvero, previa rimessione degli atti alla Corte costituzionale affinché dichiari l'illegittimità costituzionale dell'art. 17 del D.L. 98/11 e dell'art. 9 ter del D.L. 78/15 per contrasto con gli articoli 3, 23, 41, 42, 53 e 97 della Cost., nonché con gli articoli 10, co. 1, 11 e 117, co. 1 della Cost. in relazione alla violazione dell'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 CEDU e, se non ritenuti direttamente applicabili, degli articoli 16, 17 e 52 della Carta di Nizza, per tutti i motivi dedotti.

II. ILLEGITTIMITA' DEL DM DI CERTIFICAZIONE E DELLE LINEE GUIDA PER VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1 DELLA L. 241/90 E 97 COST. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA E BUON ANDAMENTO DELLA P.A.

**ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA, INGIUSTIZIA
MANIFESTA E DIFETTO DI MOTIVAZIONE.**

1. Dirimente quanto sopra, il D.M. di certificazione e le linee guida soffrono di un irrimediabile vizio proprio di illegittimità, avendo violato, entrambi, i più basilari principi di trasparenza e di buon andamento dell'azione amministrativa *ex artt. 1 L. 241/90 e 97 Cost.*

È noto che con la L. 15/2005 il principio di trasparenza sia stato positivizzato nell'art. 1 della L. 241/90 ed elevato a principio cardine, concorrendo con i canoni di efficienza, efficacia ed economicità alla decodificazione del buon andamento della pubblica amministrazione *ex art 97 Cost.* La trasparenza, infatti, è intesa come raggiungibilità totale dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali. **Insomma, si tratta di un canone che concorre ad attuare il principio democratico e che costituisce condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali del cittadino.**

Nella specie, tuttavia, le esposte prerogative sono state radicalmente negate.

E ci si spiega meglio.

2. Muovendo dal D.M. di certificazione, come anticipato in fatto, lo stesso si è limitato a riportare dei macro-dati, avendo sancito lo sfioramento dei tetti di spesa con l'indicazione solo dei quantitativi aggregati, sia sul piano nazionale, sia su quello delle singole regioni. Per tale via, dunque, le imprese non sono state minimamente poste nella condizione di comprendere e verificare quali

siano state le componenti e le metodologie alla base del calcolo sullo sforamento.

Va ricordato che il sistema del *payback* si rivolge unicamente alla spesa pubblica per gli acquisti dei dispositivi medici, con la conseguenza che, dal calcolo sul superamento del tetto, sono moltissime le voci di costo che vanno scorporate e che di consueto, invece, costituiscono parte integrante del più ampio oggetto dei contratti pubblici passivi. Si pensi, ad esempio, alle prestazioni afferenti alla garanzia del produttore e all'assistenza tecnica post garanzia sul prodotto acquistato, o a quelle attinenti al trasporto e alla logistica. Ma si pensi, sotto altro profilo, a quanto già pagato dalle aziende del settore a titolo di spending review nel 2015 (art. 9 *ter* comma 1 lett. a) del D.L. 78/15). Tutte queste voci di costo, e non solo queste, vanno completamente stralciate dalla spesa rilevante ai fini del *payback* e, stante la gravosità di quest'ultimo, è più che mai necessario assicurare la possibilità di un controllo diffuso e generalizzato sull'accuratezza dei dati impiegati dal Ministero della Salute.

Per contro, **nel D.M. di certificazione non v'è la minima traccia di quanto sia stato incluso e quanto invece escluso dal calcolo dello sforamento, con conseguente assenza di intelligibilità dell'iter istruttorio e totale incertezza sulla correttezza e sull'equità del dato quantitativo-aggregato dichiarato dal Ministero.** Dato che quindi le imprese dovrebbe oggi accettare in totale professione di fede.

Ma la situazione non migliora neanche leggendo le linee guida.

3. Infatti, sempre come anticipato in fatto, da un esame del Decreto ministeriale di adozione, emerge solo una mera descrizione del sistema di flusso dei dati interno agli enti delle Regioni e delle Province autonome. Al contrario,

e diversamente da quanto sarebbe invece dovuto avvenire, **nelle linee guida non viene fornita la benché minima indicazione su quali voci di costo debbano entrare a far parte, legittimamente, del calcolo alla base delle richieste di ripiano e su quali voci, invece, debbano essere stralciate** perché non afferenti all'ambito degli acquisti né sulla metodologia da adottare a tale scopo. **Tantomeno si rinvergono indicazioni rassicuranti sulla necessità di tenere in considerazione la *spending review* del 2015.**

Insomma, e ripetesi, nelle linee guida viene unicamente ribadito quanto già emerge dalla normativa in materia, ovvero la necessità, dapprima, di svolgere una ricognizione delle fatture legate ai costi iscritti alla voce BA0210 del modello consuntivo di CE dell'anno di riferimento e di calcolare, così, il fatturato annuo di ciascuna impresa, di poi, di procedere alla conciliazione di tali dati con quanto risultante nel modello di CE consolidato regionale e, per tale via, alla adozione dei decreti di ripiano.

Nulla di più.

Ma quali saranno, allora, le metodologie che gli Enti del Servizio Sanitario Regionale, le Regioni e le Province Autonome impiegheranno nella selezione dei dati di costo concorrenti all'erosione dei tetti di spesa? Non è dato sapere.

Che certezza hanno le imprese del settore che, ad esempio, i servizi di assistenza, trasporto e logistica non saranno conteggiati nei calcoli e che sarà tenuto in debito conto quanto già refused, nel 2015, a titolo di *spending review*?

Proprio nessuna. Al contrario, l'unica certezza che le imprese hanno è di non poter verificare, non solo il dato aggregato contenuto, a monte, nel D.M. di certificazione, ma neanche il dato specifico a valle, sul quale dovranno del pari fare un'altra professione di fede.

Tuttavia, giuridicamente, così non può essere.

4. Difatti, nel *payback* del settore farmaceutico – del tutto sovrapponibile a quello di specie sotto il profilo del difetto di trasparenza dell'azione amministrativa – la giurisprudenza ha già statuito che, operando in questo modo, si finisce “con l’assegnare in definitiva una sorta di fede privilegiata ... sia al dato complessivo nazionale ... sia a quello prodotto dalle singole Regioni, in palese contrasto con il principio di trasparenza dell’azione amministrativa e con il principio che spetta all’amministrazione provare la fondatezza e la veridicità dei fatti sulla cui base ha adottato uno specifico provvedimento” (TAR Lazio, Sez. III *Quater*, n. 4538/2015).

Insomma, è ormai principio assodato che l’assenza della verificabilità sulla correttezza dei dati alla base della quantificazione degli sfondamenti e dei ripiani sia una causa di illegittimità, proprio per violazione dei principi costituzionali di trasparenza e compartecipazione (*ex multis*, TAR Lazio, Sez. III *Quater*, 18 aprile 2012, n. 3521; Id., n. 4538/2015, Cons. St., decreto n. 4651 dell’8 agosto 2016; TAR Lazio, III *Quater*, ord. n. 5386 del 15 settembre 2016, confermata da Cons. St., sez. III, ord. n. 4623 del 14 ottobre 2016).

Né si obietti che i richiamati precedenti siano stati emanati, nel settore del *payback* farmaceutico, con specifico riferimento ai provvedimenti di ripiano. Si è ben consci di tale dato processuale, tuttavia, come evidente, il principio affermato dalle citate sentenze ha natura generalissima e non può non trovare applicazione anche con riferimento ai provvedimenti ivi impugnati, trattandosi di canone che permea tutto il procedimento amministrativo, dal primo all’ultimo atto. E, anzi, stante la peculiarità del procedimento del *payback* nel settore dei dispositivi medici, è proprio a monte che si è annidato il grave vizio di

trasparenza, visto che - non solo non è possibile alcun controllo, ma proprio il benché minimo, sulla correttezza dei dati posti dal Ministero della Salute alla base del calcolo sullo sfondamento dei tetti spesa – ma è già oggi certo che non sarà possibile neanche alcun controllo sulla correttezza della metodologia che sarà seguita dagli enti del Servizio Sanitario Regionale e dalle Regioni e dalle Province Autonome nella decretazione delle obbligazioni di ripiano.

Di talché, non solo l'industria viene chiamata a compartecipare a un debito pubblico non dalla stessa creato, ma si pretende anche che ciò debba avvenire all'oscuro, con accettazione piana e inconsapevole dei quantitativi di sfondamento e di ripiano.

Di qui l'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

III. ILLEGITTIMITA' DELLE LINEE GUIDA PER VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 9 TER, COMMI 8 E 9, DEL D.L. 78/15 NELLA VERSIONE ANTE RIFORMA EX LEGE 145/18. ECCESSO DI POTERE PER INGIUSTIZIA MANIFESTA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE.

1. Fermo quanto sopra, sussiste in seno alle linee guida un ulteriore autonomo vizio, attesa la macroscopica violazione del dettato normativo *ex art.* 9 ter, commi 8 e 9, del D.L. 78/15.

Valga precisamente quanto segue.

2. Come rilevato, il *payback* per cui è causa è unicamente quello relativo al quadriennio 2015/2018. Ne deriva, *ratione temporis*, **l'applicabilità del D.L. 78/2015 nella versione antecedente la riforma di cui alla L. 145/2018.**

Più nel dettaglio, e come del pari esaminato in fatto, il comma 8 del D.L. 78/2015 (**nella formulazione in vigore fino al 31 dicembre 2018**) ha stabilito

che “Con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro il 30 settembre di ogni anno, è certificato in via provvisoria l'eventuale superamento del tetto di spesa a livello nazionale e regionale di cui al comma 1, lettera b), per l'acquisto di dispositivi medici, sulla base dei dati di consuntivo relativi all'anno precedente, rilevati dalle specifiche voci di costo riportate nei modelli di rilevazione economica consolidati regionali CE ...”.

Invece, in seguito alla modifica di cui alla succitata L. 145/2018, **non applicabile al *payback* oggetto di causa**, il comma 8 recita: “Il superamento del tetto di spesa a livello nazionale e regionale di cui al comma 1, lettera b), per l'acquisto di dispositivi medici, rilevato sulla base del fatturato di ciascuna azienda **al lordo dell'IVA** è dichiarato con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, entro il 30 settembre di ogni anno. La rilevazione per l'anno 2019 è effettuata entro il 31 luglio 2020 e, per gli anni successivi, entro il 30 aprile dell'anno seguente a quello di riferimento, sulla base dei dati risultanti dalla fatturazione elettronica, relativi all'anno solare di riferimento. Nell'esecuzione dei contratti, anche in essere, è fatto obbligo di indicare nella fatturazione elettronica in modo separato il costo del bene e il costo del servizio”.

Come evidente, sarà solo nel *payback* dal 2019 in poi che i tetti di spesa, e quindi i ripiani, dovranno essere calcolati sui dati estrapolati dalle fatturazioni elettroniche al lordo di IVA. Invece, per il periodo dal 2015 al 2018, come più volte ripetuto, detti calcoli devono basarsi sui dati di consuntivo, rilevati dalle voci di costo riportate nei modelli di rilevazione economica consolidati regionali **al netto di IVA, non avendo il legislatore minimamente espresso**

la locuzione al “lordo IVA” (*ubi voluit, ivi dixit*, come accaduto con la modifica apportata con la L. 145/18, non applicabile al caso di specie).

3. Ebbene, nonostante le linee guida, nelle premesse, abbiano ben isolato le due versioni del comma 8 dell’art. 9 *ter* del D.L. 78/15, specificando altresì che per il quadriennio 2015/2018 vada applicata quella *ante* L. 145/18 (*“Considerato che il previgente testo del citato comma 8, in vigore fino al 31 dicembre 2018, disponeva che ... Considerato, pertanto, che per gli anni 2015-2018 il calcolo dello scostamento della spesa rispetto al tetto deve essere effettuato con riferimento ai dati rilevati nei modelli di rilevazione economica consolidati regionali CE, facendo così riferimento al disposto normativo di cui al previgente comma 8 dell’art. 9-ter del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, rimasto in vigore fino a tutto l’anno 2018”*) - tuttavia, al comma 3 stabiliscono che gli enti delle Regioni e delle Provincie Autonome *“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.”*

Ed ecco, quindi, il più totale abbaglio dei sensi, posto che, pur buone le premesse, il decreto ministeriale che ha adottato le linee guida ha poi inserito, nella parte dispositiva, una norma regolamentare in pieno contrasto con la legge applicabile che è l’art. 9 *ter*, comma 8, del D.L. 78/15 ante-riforma ex L 145/2018 e non post-riforma. (!).

Di qui l’evidente vizio di illegittimità, che, anche sotto tale profilo, deve condurre all’annullamento delle linee guida, giacché, fermo e dirimente quanto

eccepito nel primo motivo del presente ricorso, in ogni caso **i calcoli ai fini delle quantificazioni di cui ai decreti di ripiano andranno svolti, per il quadriennio 2015/2018, al netto dell'IVA.**

4. D'altra parte, computare l'IVA nel calcolo della spesa rilevante ai fini del *payback* sarebbe quanto di più giuridicamente iniquo, irragionevole e irrazionale, trattandosi di una posta che non equivale ad una spesa, ma ad una entrata per l'erario.

E ciò, peraltro, comporta un evidente vizio di illegittimità costituzionale delle modifiche introdotte dalla L. 145/2018, ma non è questa la sede per eccepirlo, trattandosi, ripetesi, di norme non applicabili *ratione temporis* al periodo 2015/2018.

4.1 In subordine e in ogni caso, qualora si ritenesse che anche la norma vigente *ratione temporis* preveda che il superamento del tetto di spesa a livello nazionale e regionale vada rilevato sulla base del fatturato di ciascuna azienda **al lordo dell'IVA**, sussisterebbe allora un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale.

In tal caso, infatti, scaricare sulle imprese uno sfioramento al lordo di IVA significa applicare un'imposizione fiscale su una voce che non costituisce reddito o fatturato degli operatori economici, ma una imposta già versata all'Erario.

IV. ANCORA SULL'ILLEGITTIMITA' DEL DECRETO DI CERTIFICAZIONE PER VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1 DELLA L. 241/90 E 97 COST. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA E BUON ANDAMENTO DELLA P.A.

**ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA, INGIUSTIZIA
MANIFESTA E DIFETTO DI MOTIVAZIONE.**

1. Quanto appena rilevato acuisce, altresì, il profilo di illegittimità relativo al vizio di trasparenza già dedotto con il primo motivo del ricorso.

Infatti, posto l'abbaglio dei sensi in cui il Ministero della Salute è incorso con le linee guida, dove ha illegittimamente ritenuto l'IVA ricompresa nel calcolo delle cifre di ripiano, risuona ancor di più l'allarme sulle modalità di calcolo seguite dal Ministero stesso in sede di elaborazione, a monte, dei dati di sfioramento dei tetti nazionale e regionali.

Infatti, se per un verso è pacifico che questi non debbano aver ricompreso anche la cifra a titolo di IVA (non avendo il legislatore espresso la locuzione "al lordo di IVA" nella norma applicabile *ratione temporis*), per altro verso, la totale assenza, nel D.M. di Certificazione, dell'elenco dei dati assunti a base di calcolo, impedisce alle imprese di fugare quelli che, a fronte dell'erroneità manifesta contenuta sul punto nelle linee guida, costituiscono dei dubbi più che fondati.

Il che veste di ancor più concretezza il difetto di trasparenza, che in tal motivo si ribadisce.

2. Ciò posto, nella denegata ipotesi in cui il Ministero della Salute dovesse aver computato l'IVA nei calcoli svolti ai fini della determinazione delle percentuali di sfioramento dei tetti nazionale e regionali (verifica, lo si ripete, integralmente impossibile), si eccipisce sin da ora l'illegittimità del Decreto di Certificazione anche per violazione dell'art. 9 *ter*, comma 8, del D.L. 78/2015 ante L. 145/18.

Anche a tali fini si formula, peraltro, espressa istanza istruttoria ex art. 63 e 65 c.p.a., affinché il Ministero depositi in giudizio tutti gli atti e i dati sulla cui base ha proceduto al calcolo delle cifre di asserito sfioramento nazionale e regionale.

V. ILLEGITTIMITA' DELL'ACCORDO N. 181/CSR DEL 7 NOVEMBRE 2019 PER VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 9 TER, COMMA 1, LETT. B), D.L. 78/15. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA, INGIUSTIZIA MANIFESTA.

1. Fermo quanto sopra eccepito, l'attuale sistema del *payback* nel settore dei dispositivi medici si caratterizza per un ulteriore atto palesemente illegittimo.

Si tratta dell'Accordo n. 181/CSR del 7 novembre 2019 (“**Accordo 181/19**”), con cui, come rilevato, è stato stabilito che il tetto di spesa massimo per tutte le Regioni, senza differenziazione alcuna, sia pari al 4,4%, esattamente come quello nazionale (“*Per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, i tetti di spesa regionali sono fissati nella misura del 4,4 per cento dei fabbisogni sanitari regionali ...*”).

Peccato che tale previsione violi apertamente la delega legislativa di cui all'art. 9 ter, comma 1, lett. b), del D.L. 78/15.

2. Come descritto in fatto, detta norma di legge, riformando le originarie previsioni di cui al D.L. 98/11, era stata molto chiara nel delegare alla Conferenza Permanente Stato, Regioni e Province Autonome la quantificazione diversificata dei tetti massimi regionali. Infatti, pur restando fermo quello nazionale del 4,4% stabilito dal D.L. 98/11 e s.m.i, **il legislatore del 2015 ha**

invece imposto di quantificare differentemente quelli regionali in base alla varia composizione pubblico-privata dell'offerta che le Regioni/Province Autonome stesse rivolgono al fabbisogno sanitario (*“al fine di garantire, in ciascuna regione, il rispetto del tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici fissato, coerentemente con la composizione pubblico-privata dell'offerta, con accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, da adottare entro il 15 settembre 2015 e da aggiornare con cadenza biennale, fermo restando il tetto di spesa nazionale fissato al 4,4 per cento, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti a proporre ai fornitori di dispositivi medici una rinegoziazione dei contratti in essere ...”*).

Non solo, dunque, la lettera della legge era chiara e insuscettibile di diverse interpretazioni, ma era ed è cristallina, nonché oltremodo ragionevole, anche la ratio sottesa. È difatti noto che esistono Regioni/Province Autonome in cui l'offerta al sistema sanitario è nella maggior parte pubblica, a differenza di altri enti territoriali in cui, invece, l'offerta al sistema sanitario è per lo più privata. Ed è proprio per tale varia composizione che il legislatore del 2015 si è reso conto delle iniquità di un tetto unico regionale indifferenziato e, in abrogazione parziale implicita dell'art. 17, comma 1 lett. c) e comma 2, del D.L. 98/11, ha imposto alla Conferenza Permanente Stato, Regioni e Province Autonome una adeguata istruttoria che conducesse a differenziare i tetti regionali. E questi, logicamente, dovevano essere più alti nelle Regioni/Province Autonome a composizione maggiormente pubblica e più bassi, invece, in quella a composizione maggiormente privata.

Sicché, nell'aver contrariamente previsto un unico e indifferenziato tetto regionale, peraltro supinamente appiattito su quello nazionale, l'Accordo 181/19 ha violato la norma non solo formalmente, ma anche sostanzialmente, avendone frustrato completamente la *ratio*.

Ma non è tutto.

3. Sussiste, infatti, anche la violazione del legittimo affidamento dell'industria, ricorrente compresa, sul disposto di cui al citato comma 1 lett. b) dell'art. 9 ter del D.L. 78/15.

In particolare, avendo tale norma imposto una differenziazione dei tetti regionali in funzione della diversa composizione pubblico-privata dell'offerta, le aziende del settore si aspettavano legittimamente che a Regioni come, per esempio, la Toscana (a prevalente composizione pubblica) venisse assegnato un tetto massimo di spesa superiore agli enti territoriali, invece, a maggior composizione privata dell'offerta.

4. Dirimente quanto sopra, in subordine, nelle non creduta ipotesi in cui l'art. 9 ter, comma 1, lett. b), del D.L. 78/15 dovesse essere letto, interpretato e applicato - non nel senso abrogativo implicito dell'art. 17, comma 1 lett. c) e comma 2, del D.L. 98/11 - ma in senso confermativo di quest'ultimo, ossia reiterativo della prescrizione sul tetto unico per tutte le Regioni (*quod non*), allora entrambe le norme di legge, tanto quella del 2011, quanto quella del 2015, sarebbero affette da incostituzionalità, prevedendo irragionevolmente lo stesso trattamento per situazioni diverse, in violazione del principio di ex art. 3 Cost.

VI. ANCORA SULL'ILLEGITTIMITA' DELL'ACCORDO N. 181/CSR DEL 7 NOVEMBRE 2019 PER VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 9 TER, COMMA 1, LETT. B), D.L. 78/15.

**VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA. ECCESSO
DI POTERE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA,
INGIUSTIZIA MANIFESTA.**

1. L'Accordo 181/19 viola l'art. 9 *ter*, comma 1, lett. b), del D.L. 78/15

anche sotto un ulteriore e autonomo profilo.

Come visto, detta disposizione, oltre a prevedere che i tetti di spesa regionali dovessero essere differenziati in base alla diversa composizione pubblico-privata dell'offerta, ha stabilito anche che i tetti dovessero essere previsti entro il 15 settembre del 2015 ed essere aggiornati con cadenza biennale.

Ebbene, la norma di legge - che è e resta incostituzionale anche per le ragioni di inammissibile parziale retroattività già dedotte - è stata comunque disattesa anche in tale ultima parte.

2. Come esposto in narrativa, l'accordo che ha quantificato i tetti di spesa regionali è giunto solo nel 2019, con una retroattività da uno a quattro anni (!), andando ben oltre anche la parziale e limitata retroattività consentita dalla legge.

Ebbene, in questi anni, le imprese del settore hanno letteralmente operato al buio, senza poter indirizzare le strategie aziendali in base quantomeno a dati provvisori e/o storici.

3. La fissazione di tetti in via retroattiva, specie quando intervenga in un periodo avanzato dell'anno, sottrae agli operatori che agiscono nell'ambito del Servizio sanitario nazionale la possibilità di programmare, con ragionevole anticipo e congrua ponderazione, l'attività in corso d'anno. Una penetrante retroattività della delibera che fissa i tetti regionali di spesa finisce per ledere l'autonomia e l'integrità delle scelte d'impresa, con grave alterazione del sistema concorrenziale. Sicché, un sistema che pretende di scaricare in larga parte sugli

operatori privati gli sforamenti da parte delle Regioni imporrebbe quantomeno un leale espletamento degli adempimenti relativi alla determinazione dei tetti di spesa. Pertanto, non è legittimo il provvedimento con cui i predetti tetti siano quantificati, per ogni anno, dopo la chiusura dell'anno fiscale e addirittura a distanza di anni, nonché a notevole distanza dall'entrata in vigore della stessa disciplina di riferimento.

4. Tanto obiettato, anche a voler ammettere come fisiologici dei limitati ritardi nella determinazione dei tetti di spesa, l'esercizio, con effetto *ex tunc*, del potere di programmazione, come già rilevato, deve garantire l'interesse degli operatori a svolgere scelte imprenditoriali consapevoli e basate su parametri quantomeno prevedibili. Ciò anche nell'interesse pubblico alla selezione di offerte sostenibili ed alla tenuta del sistema. **Nella specie, tuttavia, non solo si tratta di ritardi abnormi, ma neanche sussistevano pregressi tetti differenziati su base regionale o tetti provvisori su cui le imprese potessero provare ad orientare, rispetto a eventuali sforamenti passati, i propri comportamenti** (Cons. St., Ad. Plen., n. 4/12).

In sostanza, non conoscendosi i tetti regionali e non avendosi neanche un dato storico pregresso su cui orientarsi, le imprese non hanno potuto valutare quali fossero le Regioni a maggiore o minor rischio di sforamento e, dunque, non hanno potuto determinare dove investire maggiormente in corso d'anno, con conseguente integrale impossibilità di controllo della propria quota di ripiano. Non si crede necessario aggiungere altro.

P.Q.M.

si chiede all'Ill.mo Collegio l'accoglimento del presente ricorso e dell'unita domanda istruttoria, con annullamento dei provvedimenti impugnati, previa

disapplicazione dell'art. 17 del D.L. 98/11 e dell'art. 9 *ter* del D.L. 78/15;
ovvero, previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art.
267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, ovvero, previa
rimessione degli atti alla Corte costituzionale affinché dichiari l'illegittimità
costituzionale dell'art. 17 del D.L. 98/11 e dell'art. 9 *ter* del D.L. 78/15.

Con ogni conseguenza di legge e con vittoria di onorari e spese, ivi comprese
quelle per il versamento del contributo unificato.

Ai sensi dell'art. 13 del D.P.R. 115/02 si dichiara che il contributo unificato
dovuto per la presente causa è pari a 650,00 Euro.

Milano, 13 novembre 2022.

Avv. Stefano Fernando Giberti

Avv. Giovanni Mania

Avv. Francesca Romana Correnti

Firmato digitalmente da: GIOVANNI MANIA
Ruolo: AVVOCATO
Data: 14/11/2022 14:50:51

