

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER IL LAZIO – ROMA

RICORSO

CON ISTANZA EX ART. 116, COMMA 2, C.P.A.

E

CON ISTANZA DI AUTORIZZAZIONE ALLA NOTIFICAZIONE PER PUBBLICI

PROCLAMI

di **AbbVie S.r.l.** (in proprio e in qualità di subentrata a **Allergan S.p.A.** in forza di atto di fusione per incorporazione), con sede legale in Campoverde di Aprilia (LT), S.R. 148 Pontina km. 52 s.n.c., C.F. - P.IVA 02645920592, in persona del procuratore speciale e legale rappresentante *pro tempore*, avv. Massimo Riccio, rappresentata e difesa, come da procura rilasciata su foglio separato e unita al presente atto, dall'avv. prof. Giuseppe Franco Ferrari (C.F. FRRGPP50B08M109X; indirizzo di posta elettronica certificata: giuseppe.ferrari@pavia.pecavvocati.it; recapiti di fax: 02/795416 e 06/68636363, ai quali dichiara di voler ricevere tutte le comunicazioni inerenti al presente giudizio), e con questi elettivamente domiciliata presso il suo studio, in Roma, Via di Ripetta n. 142

contro

- la **Regione Siciliana** (C.F. 80012000826), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Palermo, **Palazzo D'Orleans - Piazza Indipendenza n. 21**, domiciliata *ex lege* presso l'Avvocatura Generale dello Stato di Roma, in Roma, Via dei Portoghesi n. 12,

- l'**Assessorato regionale della Salute della Regione Siciliana** (C.F. 80012000826), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Palermo, Piazza Ottavio Ziino n. 24, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Generale dello Stato di Roma, in Roma, Via dei Portoghesi n. 12,

nonché contro

- il **Ministero della Salute** (C.F. 80242250589), con sede legale in Roma, Viale Giorgio Ribotta n. 5, in persona del Ministro e legale rappresentante *pro tempore*, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Generale dello Stato di Roma, in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

- il **Ministero dell'Economia e delle Finanze** (C.F. 80415740580), con sede legale in Roma, Via XX Settembre n. 97, in persona del Ministro e legale rappresentante *pro tempore*,

domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Generale dello Stato di Roma, in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

- la **Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano**, in persona del Presidente *pro tempore*, con sede in Roma, Palazzo Cornaro - Via della Stamperia, n. 8, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Generale dello Stato di Roma, in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

- la **Presidenza del Consiglio dei Ministri** (C.F. 80188230587), in persona del Presidente *pro tempore*, con sede in Roma, Piazza Colonna n. 370, domiciliata *ex lege* presso l'Avvocatura Generale dello Stato di Roma, in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

- la **Conferenza delle Regioni e delle Province autonome**, in persona del Presidente *pro tempore*, con sede in Roma, Via Parigi n. 11;

dandone notizia

- alla **Regione Abruzzo** (C.F. 80003170661), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in L'Aquila, Palazzo Silone, Via Leonardo Da Vinci n. 6,

- alla **Regione Basilicata** (C.F. 80002950766), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Potenza, Via Vincenzo Verrastro n. 4,

- alla **Regione Calabria** (C.F. 02205340793) in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Catanzaro, Cittadella Regionale,

- al **Commissario *ad acta* per l'attuazione del Piano di rientro dai disavanzi del SSR calabrese – Presidenza del Consiglio dei Ministri**,

- alla **Regione Campania** (C.F. 80011990639), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Napoli, Via Santa Lucia n. 81,

- alla **Regione Emilia-Romagna** (C.F. 80062590379), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Bologna, Viale Aldo Moro n. 52,

- alla **Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia** (C.F. 80014930327), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Trieste, Piazza dell'Unità d'Italia n. 1,

- alla **Regione Lazio** (C.F. 80143490581), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Roma, Via Rosa Raimondi Garibaldi n. 7,

- alla **Regione Liguria** (C.F. 00849050109), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Genova, Via Fieschi n. 15,

- alla **Regione Lombardia** (C.F. 80050050154), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Milano, Piazza Città di Lombardia n. 1,

- alla **Regione Marche** (C.F. 80008630420), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Ancona, Via Gentile da Fabriano n. 9,
- alla **Regione Molise** (C.F. 00169440708), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Campobasso, Via Genova n. 11,
- al **Commissario ad acta per l'attuazione del Piano di rientro dai disavanzi del Servizio Sanitario della Regione Molise – Presidenza del Consiglio dei Ministri**,
- alla **Regione Piemonte** (C.F. 80087670016), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Torino, Piazza Castello n. 165,
- alla **Regione Puglia** (C.F. 80017210727), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Bari, Lungomare Nazario Sauro n. 31-33,
- alla **Regione Autonoma della Sardegna** (C.F. 80002870923), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Cagliari, Viale Trento n. 69,
- alla **Regione Toscana** (C.F. 01386030488), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Firenze, Piazza Duomo n. 10;
- alla **Regione Umbria** (C.F. 80000130544), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Perugia, Corso Vannucci n. 96,
- alla **Regione Autonoma Valle d'Aosta** (C.F. 80002270074), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Aosta, Piazza Deffeyes n. 1,
- alla **Regione Veneto** (C.F. 80007580279), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Venezia, Palazzo Balbi - Dorsoduro 3901,
- alla **Provincia Autonoma di Trento** (C.F. 00337460224), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Trento, Piazza Dante n. 15,
- alla **Provincia Autonoma di Bolzano** (C.F. 00390090215), in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Bolzano, Piazza Silvius Magnago n. 1,
- alla **ASP Palermo** (C.F. 05841760829), in persona del Direttore generale e legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Palermo, Via G. Cusmano n. 24

e nei confronti

- di **Abbott S.r.l.** (C.F. - P.IVA 00076670595), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Roma, Viale Giorgia Ribotta n. 9,

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

a) del Decreto Assessoriale dell'Assessorato della Salute della Regione Siciliana n. 1247 del 13.12.2022, recante “*Individuazione quota payback dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018*”, pubblicato sul portale istituzionale della Regione Siciliana in data 13.12.2022, **e dei relativi allegati** recanti gli elenchi degli importi dovuti:

- Allegato A - Elenco delle aziende fornitrici e relativi importi di ripiano da queste dovuti per l'anno 2015;
- Allegato B - Elenco delle aziende fornitrici e relativi importi di ripiano da queste dovuti per l'anno 2016;
- Allegato C - Elenco delle aziende fornitrici e relativi importi di ripiano da queste dovuti per l'anno 2017;
- Allegato D - Elenco delle aziende fornitrici e relativi importi di ripiano da queste dovuti per l'anno 2018;

b) del **ripiano** attribuito dalla Regione Siciliana ad Allergan S.p.A. ai sensi dell'art. 9ter, comma 9bis, d.l. 78/2015 per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018, pari all'importo di **Euro 15.216,51** indicato negli allegati al Decreto Assessoriale n. 1247 del 13.12.2022, nonché del ripiano attribuito ad "AbbVie s.r.l. già Abbott s.r.l." per l'anno 2015, pari a Euro 0,24, indicato nell'Allegato A al Decreto predetto;

c) di tutti gli atti e provvedimenti presupposti, consequenziali e connessi, anche non conosciuti, incluse le note al Ministero della Salute con nota prot. n. 66228 del 16.9.2019 e successiva nota prot. n. 80494 del 23.12.2019 (richiamate nel decreto di cui alla lett. a) nonché ove occorrer possa gli atti aventi ad oggetto il recupero delle somme di ripiano di cui ai provvedimenti sopra individuati;

d) ove occorrer possa, degli atti istruttori e ricognitivi, incluse le deliberazioni adottate dai direttori generali delle aziende sanitarie con le quali, come previsto dall'art. 3, comma 3, del Decreto 6 ottobre 2022, sono stati validati e certificati i fatturati relativi agli anni 2015 – 2018 per singola azienda fornitrice di dispositivi medici ed esposti nei modelli di rilevazione economica caricati sul sistema NSIS e comunicati al Ministero della Salute con nota prot. n. 66228 del 16.9.2019 e successiva nota prot. n. 80494 del 23.12.2019.

ed ancora, in quanto atti presupposti,

e) del Decreto 6 luglio 2022 del Ministro della Salute di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze recante "*Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018*" e dei relativi allegati *sub* A, B, C, D, pubblicato in GURI Serie Generale n. 216 del 15.9.2022;

f) del Decreto 6 ottobre 2022 del Ministro della Salute 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*", pubblicato in GURI Serie Generale n. 251 del 26.10.2022;

g) in quanto atto presupposto, dell'Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano del 7.11.2019 atto rep. n. 181/CSR;

h) di ogni altro atto e/o comportamento preordinato, conseguenziale e connesso anche non conosciuto, ivi incluso la circolare del Ministero della Salute del 29 luglio 2019, prot. n. 22413, nonché ove occorrer possa l'intesa della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 14.9.2022 e l'intesa della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano del 28.9.2022;

e per l'annullamento ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a.

- del diniego della Regione Siciliana formatosi tacitamente sull'istanza di accesso formulata dalla ricorrente in data 21.12.2022;
- di tutti gli atti e provvedimenti presupposti, istruttori e consequenziali, ancorché non conosciuti;

nonché per l'accertamento

del diritto della ricorrente ad accedere, mediante visione ed estrazione di copia, alla documentazione richiesta con l'istanza del 21.12.2022

e per la conseguente condanna

della Regione Siciliana all'esibizione ed alla consegna della documentazione richiesta alla odierna ricorrente.

➤ **L'oggetto della presente impugnazione**

Il presente ricorso concerne il c.d. "payback dispositivi medici" e ha ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti attuativi della Regione Siciliana nonché dei presupposti provvedimenti ministeriali adottati ai fini dell'attribuzione delle quote di ripiano per il superamento dei tetti di spesa fissati per l'acquisto di dispositivi medici, ai sensi dell'art. 9-ter, d.l. 78/2015 conv. in l. 125/2015 ss.mm.iii, per le annualità dal 2015 al 2018, secondo un sistema che trova oggi la sua prima applicazione.

In forza di tali atti alla ricorrente è stata attribuita per la sola Regione Siciliana la quota di ripiano pari a ben **Euro 15.216,51** in relazione al fatturato ricondotto alla Società che essa ha incorporato nel 2022, Allergan S.p.A., oltre ad un ripiano di 0,24 Euro per l'anno 2015 imputato alla società "AbbVie s.r.l. già Abbott s.r.l."

Ebbene, i provvedimenti regionali sono illegittimi in ragione dei plurimi vizi che li affliggono, in particolare in ragione della patente violazione delle disposizioni della l. 241/90

e dei principi del giusto procedimento, nonché delle stesse norme che disciplinano il meccanismo di ripiano.

La Regione Siciliana non ha fornito alcun elemento posto alla base dell'istruttoria, in spregio anche ai principi di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa, né ha illustrato la specifica posizione delle Società Allergan e AbbVie. Tanto meno sono stati ostesi i dati riferibili al calcolo del ripiano a carico delle medesime e le evidenze documentali che hanno condotto all'individuazione delle rispettive quote di ripiano, tuttavia necessari per poter ricostruire e comprendere i conteggi e le valutazioni svolti.

Del resto, **mancono completamente indicazioni e criteri applicativi** che non sono stati forniti né dalla Regione né dal Legislatore, né per il tramite dei provvedimenti ministeriali presupposti.

Per tali motivi il calcolo della spesa, del fatturato e delle quote di ripiano e la stessa attribuzione degli oneri sono del tutto approssimativi se non arbitrari e comunque incomprensibili.

Non vi è ad esempio traccia di come e se le quote dei servizi e le altre voci di costo delle forniture in questione non soggette agli oneri di ripiano siano state scomutate ed, anzi, la Regione non sembra aver proceduto in tal senso come avrebbe dovuto.

Sennonché, di fatto si pretende che la ricorrente ottemperi al pagamento imposto senza poter avere contezza dei calcoli effettuati e dei dati alla base di essi, facendo totale affidamento sui numeri pubblicati dall'Amministrazione, che però non trovano manifestamente alcun presupposto.

I provvedimenti regionali sono comunque viziati in via derivata, in ragione dell'illegittimità dei presupposti decreti ministeriali in forza dei quali sono stati adottati e di cui costituiscono immediata applicazione andando a configurare una lesione attuale in capo alla ricorrente.

Inoltre, nella sostanza, è stata imposta a carico delle aziende, in assenza di presupposti di legittimità, anche normativi essendovi plurimi profili di incostituzionalità e irragionevolezza della disciplina del *payback*, una prestazione patrimoniale la cui misura è legata all'entità della spesa pubblica sostenuta, che ne costituisce la base di calcolo, allo scopo di recuperare a posteriori lo scostamento registrato rispetto ai tetti di spesa, fissati anch'essi a posteriori.

La quantificazione dei tetti regionali è stata infatti effettuata retroattivamente, solo a spesa ormai realizzata.

Il meccanismo delineato prescinde inoltre da valutazioni di necessità e appropriatezza degli acquisti compiuti dagli Enti sanitari in ragione di fabbisogni, consumi ed esigenze concreti: in tal modo si è imposto un recupero forzoso sulle vendite di dispositivi medici, senza operare

alcuna valutazione rispetto agli acquisti e all'allocazione delle risorse pubbliche e quindi rispetto alla tutela degli interessi pubblici per i quali i contratti di fornitura sono stati posti in essere.

Il *payback*, per come disciplinato e applicato, finisce con il sanzionare iniquamente le vendite per così dire fisiologiche ed altera lo stesso meccanismo delle procedure di gara in esito alle quali sono stati forniti i prodotti a favore degli Enti sanitari: in tal modo infatti si interviene, in assenza di esigenze sopravvenute, sull'equilibrio economico ritenuto all'epoca conveniente in esito all'aggiudicazione di gara e consolidato con la stipulazione del contratto.

È mancata, inoltre, la definizione di criteri e indicazioni applicativi, in ambito oggettivo e soggettivo. Non sono poi stati nemmeno forniti i dati sulla cui base è stato certificato il superamento del tetto di spesa.

Oltretutto, non è stato assegnato alcun budget preventivo di spesa per l'acquisto dei prodotti commercializzati sulla cui base parametrare l'entità del ripiano dovuto: il meccanismo di *payback* viene difatti attuato in conseguenza del mero superamento del tetto di spesa in ciascuna Regione. In assenza di un *budget* preventivo (non previsto dalla legge), sarebbe stata viepiù necessaria chiarezza sulla base di calcolo, che è stata invece assunta senza che le imprese abbiano potuto effettuare alcuna verifica.

Per tali motivi, nonché in ragione della tardiva e retroattiva applicazione del meccanismo di ripiano, oltre che della carente regolazione del meccanismo stesso, ed in ragione dell'illegittimità della disciplina normativa, non è stato possibile per la ricorrente (e/o a suo tempo per la sua incorporata) operare alcuna previsione sulle cifre oggi oggetto di ripiano. Tanto meno è oggi possibile comprendere e ricostruire le cifre che le sono state richieste dalla Regione.

FATTO

➤ **La Società ricorrente**

Nella presente sede, AbbVie S.r.l. agisce in proprio e in qualità di soggetto subentrato in forza di atto di fusione per incorporazione ad Allergan S.p.A..

Mediante atto di fusione per incorporazione del 12.7.2022, Notaio Roberto Giacobini, in Roma, Rep. n. 51696 racc. n. 18838, Allergan S.p.A. veniva fusa in AbbVie S.r.l. (**all. 0**).

Pertanto, a decorrere dal 1° ottobre 2022, ai sensi dell'art. 2504 *bis*, c. 2, c.c., AbbVie S.r.l. ha assunto *“tutti i diritti e gli obblighi della Società Incorporata, subentrando nel pieno stato di fatto e di diritto della Società stessa ed in tutti i suoi rapporti giuridici, e così in tutto il patrimonio attivo e passivo della Società Incorporata medesima, in tutti i suoi diritti, ragioni,*

aspettative, utilità maturate e maturande, obblighi, impegni e crediti di ogni natura [...]” (**all. 0**).

➤ **Il quadro normativo di riferimento e l'iter di adozione dei provvedimenti regionali impugnati**

1. Nell'ambito delle misure di razionalizzazione della spesa sanitaria, l'art. 17, c. 1, lett. c), d.l. 98/2011 conv. in l. 111/2011, ha stabilito che la spesa sostenuta dal SSN per l'acquisto di dispositivi medici è fissata entro un tetto nazionale riferito al fabbisogno nazionale standard e al fabbisogno sanitario regionale standard di cui agli artt. 26 e 27, d.lgs. 68/2011.

Il tetto di spesa per l'acquisto di dispositivi medici è stato quindi rideterminato, a decorrere dal 2014, nella misura del 4,4% del Fondo Sanitario Nazionale, dall'art. 15, c. 13, lett. f), d.l. 95/2012 conv. in l. 135/2012, come modificato dall'art. 1, c. 131, lett. b), l. 228/2012.

2. Con l'art. 9ter, d.l. 78/2015, introdotto in sede di conversione con l. 125/2015, è stato stabilito di porre a carico delle aziende fornitrici di dispositivi medici l'eventuale superamento del tetto di spesa regionale mediante un meccanismo di ripiano.

Nella specie, il c. 1, lett. b), del citato art. 9ter, ha previsto che il tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici sia fissato con accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, da adottare entro il 15 settembre 2015 e da aggiornare con cadenza biennale, fermo restando il tetto di spesa nazionale fissato al 4,4%.

Come indicato al c. 9, l'eventuale superamento del tetto di spesa è posto appunto a carico delle aziende fornitrici di dispositivi medici per una quota complessiva del 40% per l'anno 2015, del 45% nell'anno 2016 e del 50% a decorrere dall'anno 2017. È stato quindi previsto che ciascuna azienda concorre a tali quote di ripiano in misura pari all'incidenza percentuale del proprio fatturato sul totale della spesa a carico del SSN.

3. Frattanto, con l'art. 1, c. 557, l. 145/2018, sono state apportate modifiche all'art. 9ter citato, sostituendo il c. 8: la norma, applicabile a decorrere dal 1° gennaio 2019, si discosta notevolmente dal precedente testo e prescrive oggi che il superamento del tetto di spesa viene rilevato sulla base del fatturato di ciascuna azienda al lordo dell'IVA, sulla base dei dati risultanti dalla fatturazione elettronica in relazione all'anno solare di riferimento, e pone l'obbligo anche per i contratti in essere di indicare nella fatturazione elettronica in modo separato il costo del bene e il costo del servizio.

4. Solo con l'Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano del 7.11.2019, atto rep. n. 181/CSR, sono stati definiti in via retroattiva i tetti di spesa regionali nella misura del 4,4% anche per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018 (**all. 3**).

Dunque, l'individuazione dei tetti di spesa regionali è avvenuta non solo tardivamente rispetto alle tempistiche stabilite dalla disciplina, ma anche a posteriori rispetto alle annualità di riferimento, ossia una volta effettuati gli acquisti dei dispositivi medici e – evidentemente – una volta superato il tetto di spesa, senza che fosse stata fissata o almeno quantificata una preventiva limitazione da tenere in considerazione.

5. Sino ad ora il meccanismo di *payback* è rimasto inattuato. Dopo anni di inerzia, al dichiarato fine di accelerare le procedure di ripiano, è stato delineato un procedimento *ad hoc* e derogatorio delle norme dell'art. 9ter, d.l. 78/2015, specificamente rivolto a disciplinare le procedure di ripiano per le annualità dal 2015 al 2018.

In particolare, con l'art. 18 d.l. 9.8.2022 n. 115 convertito in l. 21.9.2022 n. 142, c.d. Decreto Aiuti Bis, è stato aggiunto il c. 9bis dell'art. 9ter, d.l. 78/2015.

6. *Medio tempore* si è provveduto a certificare il presunto superamento del tetto di spesa a livello nazionale e regionale per l'acquisto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018, quantificando la quota complessiva di ripiano posta a carico delle aziende fornitrici dei dispositivi medici per ciascuna annualità, per un totale di oltre 2 Miliardi di Euro.

Il Decreto 6 luglio 2022 del Ministro della Salute adottato di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, recante "Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018", è stato pubblicato in GURI Serie Generale n. 216 del 15.9.2022 (**all. 1**).

7. Acquisite l'intesa dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 14.9.2022 (**all. 4**) e 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 28.9.2022 (**all. 5**), ben dopo il termine individuato dalle norme di riferimento, è stato pubblicato, nella GURI Serie Generale n. 251 del 26.10.2022, il Decreto 6 ottobre 2022 del Ministro della Salute 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" (**all. 2**). Tali Linee Guida, del tutto insufficienti e vaghe, si sono limitate a ad individuare le attività attribuite agli Enti del SSR in caso di superamento del tetto di spesa (art. 3) e quelle attribuite alle Regioni e alle Province autonome (art. 4).

8. Al sistema delineato a livello nazionale è stata data concreta attuazione da parte delle Regioni e delle Province autonome, che hanno adottato ciascuna i provvedimenti di attribuzione degli oneri di ripiano chiedendo il pagamento delle relative somme nel termine di 30 giorni.

9. In particolare, la Regione Siciliana, omettendo la comunicazione di avvio del procedimento di ripiano di cui agli artt. 7 e 8 l. 241/90, con il decreto in epigrafe indicato si è limitata ad approvare gli elenchi delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggette al ripiano per gli anni 2015-2018, ai sensi dell'art. 9^{ter}, c. 9^{bis}, d.l. 78/2015, individuando nei relativi allegati gli importi dovuti da ciascuna (**all. 7-8-9-10-11**).

L'importo totale richiesto alle aziende come Allergan ed AbbVie non corrisponde tuttavia all'importo certificato nel DM 6.7.2022 per il superamento dei tetti di spesa della Regione.

La ricorrente ha pertanto formulato istanza di accesso agli atti in data 22.12.2022 contestando anche la debenza nell'*an* e nel *quantum* di qualsivoglia somma richiesta a titolo di ripiano (**all. 12**). Senonché, la Regione, lungi dall'ostendere quanto richiesto, si è limitata a rispondere con nota del 28.12.2022 (**all. 13**), rappresentando che *“la Segreteria Generale della Regione Siciliana, essendo carente di competenza in merito alla problematica di che trattasi, non detiene documenti o atti relativi a quanto richiesto”* e che il riscontro sarebbe stato pertanto *“curato dall'Assessorato regionale della Salute, parimenti destinatario dell'istanza di accesso”*. Ad oggi, però, nonostante il decorso dei termini di legge, la ricorrente non ha ottenuto l'accesso richiesto e sulla sua istanza si è formato un significativo silenzio.

Il provvedimento regionale assegnava 30 giorni dalla pubblicazione per il pagamento, entro cui la ricorrente avrebbe quindi dovuto versare l'importo di **Euro 15.216,51** per la sola Regione Siciliana in relazione al ripiano ingiunto per la sua incorporata Allergan S.p.A., oltre ad Euro 0,24 quale quota di ripiano attribuita alla incorporante AbbVie.

Frattanto, con d.l. 4/2023 è stato differito il termine di pagamento al **30.4.2023**.

11. Pertanto, la ricorrente, in proprio e nella sua qualità di Società subentrata in esito a fusione per incorporazione ad Allergan S.p.A., azienda fornitrice di dispositivi medici a favore degli enti del SSR ricompresa negli elenchi approvati dalla Regione Siciliana, e quindi in tale sua qualità chiamata al pagamento degli oneri di ripiano calcolati dalla Regione stessa in relazione al fatturato ricondotto sia ad Allergan S.p.A. che alla stessa AbbVie s.r.l., è costretta ad impugnare con il presente ricorso i provvedimenti adottati dalla Regione nonché i Decreti ministeriali e tutti gli atti presupposti e gli atti in epigrafe indicati in quanto gravemente illegittimi sotto plurimi profili e lesivi dei suoi diritti ed interessi, alla luce dei seguenti motivi di

DIRITTO

**A) ILLEGITTIMITÀ PROPRIA ED AUTONOMA DEI PROVVEDIMENTI
 ATTUATIVI DEL C.D. PAYBACK DISPOSITIVI MEDICI PER GLI ANNI
 2015-2016-2017-2018 ADOTTATI DALLA REGIONE SICILIANA**

Come anticipato, i provvedimenti attuativi del c.d. *payback* dispositivi medici per gli anni 2015-2016-2017-2018 adottati dalla Regione Siciliana sono afflitti, anzitutto, da **vizi propri**, che ne impongono **in via diretta** l'annullamento.

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

I provvedimenti regionali impugnati e gli atti presupposti in epigrafe indicati sono gravemente illegittimi in quanto violativi dell'art. 9ter, d.l. 78/2015 e delle Linee guida operative dettate dal Ministero della Salute, delle disposizioni della l. 241/1990, oltre che dei principi del giusto procedimento. Essi sono stati inoltre assunti senza garantire il necessario contraddittorio con la ricorrente e senza adeguata attività istruttoria.

1.1. Il provvedimento adottato dalla Regione Siciliana è viziato in ragione della **violazione delle disposizioni di cui alla l. 241/1990 e dei principi del giusto procedimento**, oltre che per eccesso di potere, in particolare in punto di difetto di motivazione e istruttoria e violazione del principio della trasparenza.

L'Amministrazione non ha infatti garantito alcun contraddittorio non avendo coinvolto in alcun modo in via preventiva le aziende e la ricorrente in particolare al fine di addivenire all'adozione del provvedimento finale di ripiano.

Essa non ha comunicato l'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7, l. 241/1990, così frustrando le garanzie partecipative poste a tutela del privato, in ogni caso preordinate alla pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa.

Di più, la Regione ha inteso effettuare una sorta di irrealistico contraddittorio postumo, assegnando termine alle aziende fino al 12.1.2023 – coincidente, si badi, con il termine ultimo per il pagamento – per *“presentare, su quanto disposto dal... provvedimento regionale, circostanziate controdeduzioni”*, senza peraltro aver previamente fornito alcun dato utile per poter effettuare osservazioni mirate e con piena cognizione di causa.

Senonché, l'istituto della comunicazione di avvio del procedimento trova la sua *ratio* nel consentire ai privati di fornire all'Amministrazione un apporto procedimentale affinché essa possa adottare un provvedimento ponderato sulla base di un'istruttoria completa di tutti gli interessi rilevanti.

Le garanzie procedurali devono essere intese quale strumento idoneo a consentire un approfondimento valutativo delle questioni ed una maggiore trasparenza nell'azione amministrativa, la cui violazione, lungi dall'atteggiarsi a vizio meramente formale, è tale da pregiudicare dal punto di vista sostanziale gli interessi dei soggetti destinatari del provvedimento: nel caso di specie, le garanzie partecipative di cui alla legge 241/1990 sono state del tutto disattese, inibendo all'odierna ricorrente qualsiasi forma di partecipazione attiva al procedimento, in spregio ai principi di buon andamento dell'amministrazione.

La ricorrente, laddove ritualmente notiziata e resa compiutamente edotta dei presupposti e dei dati alla base dell'istruttoria svolta, avrebbe potuto utilmente partecipare al procedimento finanche anticipando all'Amministrazione le plurime criticità che viziano tanto l'istruttoria quanto il merito dei provvedimenti *de quibus*.

Vano è il richiamo – nelle premesse del decreto - all'art. 21 *octies* l. 241/90. È invero pacifico che le garanzie partecipative sono necessarie anche laddove i provvedimenti amministrativi abbiano natura vincolata, tanto è vero che in altre Regioni (v. Toscana e Piemonte), su segnalazione delle aziende fornitrici, l'Amministrazione ha potuto rilevare e correggere alcuni errori nel conteggio del fatturato utile di fini della determinazione degli oneri di ripiano.

È stata dunque del tutto frustrata la possibilità dell'azienda ricorrente di dispiegare le facoltà procedurali previste dalle relative norme, impedendole di incidere in modo sostanziale (ed utile) sullo svolgimento dell'azione amministrativa.

Oltre tutto, l'azienda non solo non è stata coinvolta nell'ambito del procedimento, ma nemmeno a conclusione dello stesso ha potuto avere contezza dell'istruttoria e delle valutazioni svolte.

Infatti, non sono stati forniti gli elementi per poter capire e ricostruire i conteggi effettuati, non essendo stata illustrata la specifica posizione dell'azienda e nemmeno la metodologia e i dati dettagliati alla base del calcolo del ripiano.

La ricorrente non ha quindi potuto nemmeno comprendere l'*iter* seguito e si è trovata al cospetto di dati aggregati ossia della mera pubblicazione di cifre del fatturato, suddiviso per anno, asseritamente riconducibile alla sua posizione e all'indicazione della quota di ripiano attribuitole. La Regione non ha dato alcun riscontro documentale e nemmeno riferimenti di alcun tipo.

Sotto questo profilo è manifesto il difetto assoluto di trasparenza, che vizia in radice il provvedimento di ripiano adottato dalla Regione.

1.2. Devono certamente essere rilevati anche la violazione dell'art. 3, l. 241/1990 e l'eccesso di potere per difetto di motivazione e istruttoria che inficiano i provvedimenti regionali.

L'esplicitazione di adeguata motivazione come è noto costituisce un obbligo strettamente affine al concetto di garanzie procedimentali, a tutela della pubblicità, trasparenza e conoscibilità dell'azione amministrativa, in ossequio ai principi di buon andamento della P.A., invece del tutto disattesi nel caso che occupa.

Del resto, le Linee Guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti di ripiano, comunque emanate postume, una volta avviata e conclusa l'istruttoria per la certificazione dei dati, sono del tutto farraginose, indeterminate, e non hanno compiutamente disciplinato le diverse fasi procedimentali, vizio che si aggiunge al mancato rispetto dei principi del giusto procedimento da parte dell'Amministrazione, che ha operato del tutto arbitrariamente.

La totale mancanza di criteri per il calcolo delle quote di ripiano e di indicazioni specifiche tanto a monte da parte del Legislatore quanto da parte dell'Amministrazione regionale, che non ha appunto in alcun modo colmato le lacune delle norme e dei provvedimenti ministeriali ponendo in essere un procedimento legittimo come avrebbe dovuto, aggrava l'illegittimità degli atti impugnati.

È dunque evidente il difetto assoluto di trasparenza, che configura un vizio procedimentale stante la totale lesione all'effettività della partecipazione.

Non può essere trascurato che nemmeno ai fini della certificazione del superamento dei tetti di spesa vi è mai stato un coinvolgimento delle aziende fornitrici che si sono quindi viste imporre richieste di pagamento *sic et simpliciter* senza alcuna spiegazione.

Non è nemmeno chiaro, perché la circostanza non è stata specificata nel provvedimento finale e la fase istruttoria non è stata disciplinata in modo esaustivo, se la Regione abbia proceduto attraverso più passaggi per addivenire alla quantificazione delle quote di ripiano, se ad esempio i dati trasmessi al Ministero ai fini della certificazione del superamento dei tetti di spesa siano i medesimi posti alla base della determinazione di ripiano.

Il provvedimento è quindi anche perplesso e viola le stesse disposizioni di riferimento per l'attribuzione delle quote di ripiano dettata dall'art. 9^{ter}, c. 9 e c. 9^{bis}, d.l. 78/2015, e dalle previsioni del DM 6.10.2022, recante le Linee Guida per l'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali che dovrebbe attuare.

2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost. e degli artt. 1, 3 7, 8 e 10 l. 241/90 e dei principi di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa, dei principi del giusto procedimento e del contraddittorio, nonché della dir. 89/105/CEE e relativa normativa interna di attuazione. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di motivazione e di istruttoria, illogicità, irragionevolezza.

Alla violazione delle garanzie partecipative di cui alla legge 241/1990 si aggiunge un **insanabile difetto motivazionale e di trasparenza**: la Regione non ha fornito, né nel corso dell'iter istruttorio né ad esito dello stesso, elementi adeguati e sufficienti per ricostruire le modalità in concreto utilizzate per la determinazione della quota di ripiano posta a carico dell'odierna ricorrente.

Il vizio è insuperabile: per l'azienda non vi è modo di capire, verificare e ricostruire l'importo di ripiano attribuito, avendo conosciuto solo i numeri dati dalla Regione su cui dovrebbe fare affidamento totale, in mancanza di qualunque riscontro concreto.

Nell'addivenire all'attribuzione finale delle quote di ripiano, ad esito di un'istruttoria evidentemente carente e lacunosa, la Regione non ha infatti dato conto in nessun modo delle operazioni effettuate.

L'Amministrazione non ha esplicitato alcun presupposto in fatto e in diritto ma si è limitata a pubblicare i presunti dati di fatturato sulla base della ricognizione degli Enti del SSR e gli importi di ripiano asseritamente dovuti, senza nemmeno indicare la quota di mercato di ciascuna azienda.

Inoltre, non sono state fornite indicazioni in ordine alle modalità con cui le Amministrazioni hanno concretamente determinato il fatturato complessivo "utile" ai fini di cui all'art. 9^{ter} cit.. La Regione si è di fatto limitata a rinviare, per la determinazione del presunto fatturato di ciascun operatore, alle delibere delle Aziende, nemmeno indicate nel provvedimento, senza specificare alcunché e senza fornire i dettagli alla base di tali conteggi. Da tali dati non possono tuttavia trarsi né elementi specifici né i criteri utilizzati per i conteggi: non possono quindi ritenersi in alcun modo assolti gli obblighi di pubblicità e trasparenza, posti anche a garanzia dell'interesse pubblico.

Oltre tutto la Regione non ha indicato la quota di mercato della ricorrente quale incidenza percentuale del fatturato sulla spesa complessiva.

Le aziende fornitrici non sono state messe nelle condizioni di verificare la correttezza dei conteggi operati dagli Enti. In tal modo non è stato loro consentito di ricostruire l'iter istruttorio e motivazionale che dovrebbe sorreggere la determinazione, in concreto, della quota di ripiano posta a loro carico.

Sono evidenti, sotto questo profilo, il **difetto motivazionale e la carenza istruttoria**.

Posto che i provvedimenti ministeriali non hanno chiarito alcunché sul punto, la Regione avrebbe dovuto spiegare le modalità e i criteri che ha utilizzato per la determinazione degli oneri di ripiano, illustrando i dati utilizzati e ad esempio le voci di costo ricomprese nel calcolo del ripiano.

Invero, per l'attuazione del meccanismo di ripiano relativo all'annualità 2019 sono state date a livello ministeriale indicazioni maggiori, ancorché non esaustive, per il tramite della circolare ministeriale prot. n. 0007435 del 17.3.2020 (**all. 6**) ai fini dell'individuazione delle fatture rilevanti, muovendo proprio dal presupposto della necessità di approfondimenti e specificazioni: è stata individuata una distinzione tra le voci di costo di fornitura e di servizio, in via esemplificativa, sono state individuate le voci di spesa non soggette al tetto, come le categorie di dispositivi medici ad utilità pluriennale.

In disparte ogni considerazione su detta circolare, per le annualità precedenti qui in esame non sono state mai fornite indicazioni: non vi sono quindi parametri per il calcolo delle fatture. Lacuna dei provvedimenti presupposti che nemmeno la Regione ha colmato.

A tutto voler concedere, la quota di ripiano posta a carico del singolo operatore dovrebbe essere calcolata solo sul fatturato relativo alla fornitura di “*dispositivi medici*”, scomputando dal “fatturato complessivo” della Società, a titolo esemplificativo, la quota relativa ai servizi e/o alle prestazioni connesse alla fornitura e/o la quota relativa alla fornitura di dispositivi medici di utilità pluriennale: tuttavia, per le annualità di cui si discute (2015-2018), detta operazione presenta oggettive criticità che imporrebbero - così come impongono - una ricognizione puntuale e differenziata, contratto per contratto, fattura per fattura.

Infatti, non vi era obbligo di fatturazione elettronica, non venivano distinte le componenti di fornitura da quelle del servizio, non vi era alcun obbligo di indicazione del CND (indispensabile per la corretta identificazione della spesa), circostanze queste ovviamente non opponibili alle imprese.

Anche le procedure di gara per l'approvvigionamento dei dispositivi medici forniti dalla ricorrente sono state generalmente strutturate come *full service*, ossia comprendendo anche la quota di servizi ed altre voci. Spesso le procedure di gara sono state configurate prevedendo una remunerazione omnicomprensiva che non separa i costi della mera fornitura dalle altre voci di costo ma è il frutto di tutte le componenti necessarie per l'attività diagnostica.

Tali componenti non sono quindi scorporabili né scindibili in conseguenza della struttura stessa della procedura.

Di tali peculiarità e di come esse siano state trattate non vi è traccia alcuna nei provvedimenti regionali che, anche a causa del meccanismo di ripiano per come delineato, hanno finito evidentemente con il considerare non solo la spesa per la fornitura ma l'intera spesa derivante dalle forniture dei dispositivi.

Né vi è traccia dello scorporo delle voci diverse dal fatturato relativo alla vendita di dispositivi medici, che dunque devono assumersi illegittimamente incluse nella base di calcolo utilizzata.

Il sistema e i provvedimenti adottati sono così del tutto iniqui e violano la stessa disciplina di riferimento che sottopone al ripiano solo gli acquisti di dispositivi medici, in quanto è iniquo e ingiusto un meccanismo per cui, stante l'incapacità di calcolare la quota di ripiano sulla base del solo fatturato che la legge indica come rilevante, vengano penalizzate le imprese nei cui confronti il ripiano è calcolato su tutto, ivi comprese le voci *ex lege* escluse.

Ebbene, è evidente che l'errata imputazione anche solo di una parte delle fatture riverbera sul ripiano di ciascuna azienda. È per questo necessaria la conoscenza delle operazioni svolte per il computo del fatturato utile ai fini del procedimento che occupa.

Non può quindi che affermarsi che tanto la certificazione a monte della spesa e del ripiano a carico delle aziende è stata errata, quanto è errato l'accertamento della Regione.

I dati alla base del ripiano sono dunque tutt'altro che certi, stabili e intelligibili.

Ora, a fronte di dati inattendibili e comunque non verificabili non possono che essere richiamati i principi sanciti anche da codesto Ecc.mo TAR che, muovendo dalla necessità che le esigenze di tutela delle aziende non vengano vanificate, ha stigmatizzato, in relazione ai provvedimenti di ripiano della spesa farmaceutica, la mancanza di trasparenza e conoscenza dei dati rilevando che in tal modo si finisce *“con l'assegnare in definitiva una sorta di fede privilegiata, al di fuori di una specifica disposizione normativa, sia al dato complessivo nazionale elaborato dall'AIFA sia a quello prodotto dalle singole Regioni, in palese contrasto con il principio di trasparenza dell'azione amministrativa e con il principio che spetta all'amministrazione provare la fondatezza e la veridicità dei fatti sulla cui base ha adottato un determinato provvedimento”* (cfr. sentenza n. 12037 del 20.10.2015).

Si tratta dell'applicazione di un principio di derivazione eurounitaria (cfr. dir. 89/105/CEE e relativa normativa interna di attuazione), secondo il quale deve essere sempre possibile per il destinatario di un provvedimento amministrativo ricostruire l'*iter* logico seguito dall'Amministrazione secondo criteri obiettivi e verificabili.

Sono poi questi i principi rinvenienti dalla più recente giurisprudenza di codesta Ecc.ma Sezione e del Consiglio di Stato che, sempre con riferimento ai provvedimenti di *payback* della spesa farmaceutica, anche da ultimo ha chiarito come un sistema di ripiano possa dirsi legittimo ove si fondi su dati del tutto prevedibili nel rispetto dei diritti di informazione e partecipazione al procedimento delle imprese interessate ed alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità rispetto alle perseguite finalità pubbliche.

Nel caso di specie non è stato rispettato il principio di prevedibilità né sono state fornite le informazioni necessarie anche solo per poter comprendere i calcoli effettuati.

È evidente che la mancanza di elementi per poter ricostruire l'iter seguito dall'Amministrazione ed i presupposti stessi sui quali è stato calcolato il ripiano vizia irrimediabilmente i provvedimenti gravati.

Non sono stati nemmeno ostesi i dati riferibili alla posizione della singola azienda la quale si è vista attribuire una quota di ripiano, peraltro notevole, senza avere possibilità di verificarne la correttezza, nella pretesa che essa debba solo procedere al pagamento per aver partecipato e vinto le gare indette dagli Enti del SSR.

Anche sotto questo profilo, si conferma l'insanabile difetto istruttorio che vizia i provvedimenti gravati.

In ogni caso i provvedimenti impugnati sono gravemente illegittimi anche in quanto afflitti da numerosi errori di valutazione e/o conteggio che si sono palesati già nella quantificazione certificata dal Ministero, sulla cui inattendibilità si sono espresse anche le Regioni nei propri provvedimenti di ripiano (v. ad es. provvedimento della Regione Veneto).

I provvedimenti regionali si fondano su dati errati che non corrispondono ai dati di fatturato riguardanti i soli acquisti di dispositivi medici, considerati illegittimamente al lordo dell'IVA e senza scomputare le quote di servizi.

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

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

Ciò ulteriormente conferma l'illegittimità dei gravati provvedimenti: i dati utilizzati e le quote di ripiano sono errati e non applicano correttamente la disciplina di riferimento.

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

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

Al fine di verificare i calcoli effettuati dalla Regione si è in ogni caso provveduto a formulare istanza di accesso agli atti, rimasta senza riscontro.

È necessario infatti che la Regione indichi dettagliatamente le fatture prese a riferimento e i criteri utilizzati per effettuare i conteggi e, quindi, ad esempio, quali fatture ha considerato e quali voci di costo ha inserito nel calcolo.

Rimane ad oggi del tutto oscuro e incomprensibile come siano stati svolti i calcoli e cosa sia stato considerato per addivenire al ripiano imposto alla ricorrente e alla sua incorporata.

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

B) ILLEGITTIMITÀ DERIVATA DEI PROVVEDIMENTI ATTUATIVI DI RIPIANO IN RAGIONE DELL'ILLEGITTIMITÀ DEI PRESUPPOSTI PROVVEDIMENTI MINISTERIALI E DELL'ACCORDO STATO REGIONI

I provvedimenti di ripiano adottati dalla Regione sono in ogni caso illegittimi in via derivata in ragione dell'illegittimità che vizia insanabilmente e sotto plurimi profili i presupposti decreti ministeriali e l'Accordo rep. n. 181/CSR del 7.11.2019.

III. Illegittimità dell'Accordo rep. n. 181/CSR del 7.11.2019. Illegittimità del DM 6 luglio 2022 in via propria e autonoma e illegittimità del DM 6 ottobre 2022 in via derivata e in via propria e autonoma e per entrambi in via derivata dall'illegittimità del presupposto Accordo rep. n. 181/CSR in relazione alla fissazione retroattiva dei tetti di spesa regionali, per violazione e falsa applicazione dell'art. 3, 23, 41, 81, 97, 117, 118 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 11 delle preleggi al codice civile; violazione e falsa applicazione del principio di irretroattività dei provvedimenti amministrativi; violazione e falsa applicazione del principio del legittimo affidamento, di proporzionalità e del principio della buona fede. Violazione e falsa applicazione dell'art. 9ter, comma 1, lett. b), commi 8, 9, 9bis, d.l. 78/2015. Violazione del principio di trasparenza e del contraddittorio. Violazione dei principi contabili di cui alla l. 196/2009 e al d.lgs. 91/2011, allegato 1. Violazione del diritto eurounitario con riferimento ai principi di uguaglianza, libertà di impresa, concorrenza, parità di trattamento, equilibrio, affidabilità e trasparenza dei conti pubblici. Violazione dei principi dell'evidenza pubblica. Eccesso di potere per illogicità, ingiustizia, perplessità e sviamento, difetto di

motivazione, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà, irragionevolezza.

Con il presente motivo si contesta l'illegittimità propria ed autonoma e l'illegittimità derivata del DM 6.7.2022 e del DM 6.10.2022 nonché dell'Accordo n. 181/CSR del 2019, vizi degli atti presupposti che si riverberano sulla richiesta di ripiano della Regione.

III.1. I DM gravati sono anzitutto **illegittimi in ragione della retroattiva** – e quindi illegittima – **fissazione dei tetti di spesa regionali**, che è stata effettuata solo nel 2019 con l'Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano del 7.11.2019, atto rep. n. 181/CSR.

I tetti regionali sono stati fissati in relazione alle annualità dal 2015 al 2018 non in via preventiva al fine di contenere e razionalizzare la spesa, ma **in via postuma**, allorquando gli acquisti di dispositivi medici erano stati realizzati.

Senonché, il c. 1 lett. b), art. 9ter, d.l. 78/2015, ha stabilito che i tetti di spesa regionali siano fissati con accordo in sede di Conferenza permanente entro il 15.9.2015, prevedendo un aggiornamento con cadenza biennale.

Proprio tali previsioni, *a fortiori* lette in combinato disposto con il c. 8 dell'art. 9ter che individua il termine del 30 settembre di ogni anno per la certificazione del superamento dei tetti, dimostrano come i tetti di spesa non potessero essere fissati a posteriori e retroattivamente, come invece è accaduto.

I DM sono quindi illogici e irragionevoli nella misura in cui travisano e applicano in modo perplesso le stesse norme e la loro finalità, prendendo come riferimento e presupposto, per l'individuazione delle somme da ripianare e per l'avvio del procedimento di ripiano, tetti di spesa fissati in violazione delle norme, oltre che in violazione del principio del legittimo affidamento e dei canoni che regolano l'azione amministrativa.

Gli Enti hanno utilizzato le risorse del Fondo Sanitario Nazionale per acquistare dispositivi medici sulla base di fabbisogni riscontrati, senza limite di spesa e solo dopo hanno quantificato quel limite, entro il quale gli acquisti già fatti avrebbero dovuto essere contenuti. A fronte di ciò sono stati addossati i relativi oneri di ripiano a carico delle aziende, che in buona fede hanno partecipato alle procedure di gara, formulando sconti sulla base d'asta basati su una logica di reciproca convenienza (per l'azienda in termini di remunerazione dell'offerta e per la PA di sostenibilità economica sulla base di una stima dalla stessa effettuata) e hanno dato adempimento alle obbligazioni contrattuali assunte. Intervenire ora, a posteriori, mediante la richiesta di ripiano significa alterare l'equilibrio economico raggiunto tra il prezzo giudicato all'epoca della gara conveniente per l'operatore economico e per la PA,

senza alcuna esigenza sopravvenuta di incidere sull'equilibrio dei prezzi, di fatto non messo in discussione, mediante un meccanismo che si traduce nell'imposizione di una prestazione patrimoniale forzosa. In conclusione, i provvedimenti *de quibus* falsano a posteriori le procedure ad evidenza pubblica con una manifesta distorsione dei principi concorrenziali e contabili cui esse sono funzionalizzate. Essi incidono anche sui rapporti contrattuali sui quali le aziende hanno fatto affidamento, senza che potessero avere contezza, né rispetto all'*an* né rispetto al *quantum*, di una decurtazione di una parte del corrispettivo pattuito.

Ciò ha inevitabilmente impedito una programmazione dell'attività economica che tenesse conto della richiesta retroattiva oggi avanzata, con detrimento della libertà di iniziativa economica, condizionata ingiustamente nella gestione delle risorse e nella dimensione organizzativa.

I vizi dei provvedimenti *de quibus*, che assumono appunto carattere retroattivo in contrasto con i principi stabiliti anche dall'art. 11 delle preleggi c.c., in assenza dei presupposti legittimanti, sono manifesti.

Invero, come è noto i provvedimenti amministrativi non possono avere carattere retroattivo fatte salve talune eccezioni con ogni evidenza qui non ricorrenti, i cui limiti sono stati enucleati dalla giurisprudenza (v. Ad. Plen. C.S. nn. 8/2006 e 4/2012, con riguardo ai tetti di spesa per le prestazioni sanitarie erogate dalle strutture accreditate con il SSN).

Secondo tali coordinate ermeneutiche, nell'esercizio del potere di programmazione che espliciti un effetto *ex tunc*, devono essere bilanciati l'esigenza di contenimento della spesa con l'interesse dei privati ad operare con una logica imprenditoriale sulla base di un quadro certo e chiaro delle regole applicabili. Deve infatti essere tutelato anche il legittimo affidamento in coerenza con il fondamentale principio di certezza dei rapporti giuridici. Come chiarito dall'Adunanza Plenaria a fini di contemperamento occorre l'esplicazione quanto meno in via provvisoria di scelte programmatiche che possano in qualche modo costituire un parametro di riferimento.

Anche l'Ecc.mo TAR si è pronunciato in tal senso, riconoscendo, con riferimento ai provvedimenti di attribuzione degli oneri di ripiano per la spesa farmaceutica, che il sistema può essere considerato legittimo laddove fondato sulla possibilità per le aziende di valutare e orientare l'attività di impresa in relazione alla preventiva individuazione dei presupposti applicativi, ossia dei dati relativi alla complessiva spesa, al tetto individuato *ex lege* e al *budget* assegnato a ciascuna azienda (v. tra le tante sentenza n. 8357/2015).

Tuttavia, nel caso di specie, difettano totalmente tali presupposti applicativi: le aziende non avevano (e nemmeno hanno) alcun punto di riferimento per orientare e programmare la

propria attività imprenditoriale, in ragione del fatto che non erano stati fissati i tetti di spesa, né preventivamente attraverso un'assegnazione quanto meno provvisoria, né in corso di esercizio in relazione alle annualità qui in esame.

È poi mancato qualunque *iter* istruttorio rivolto a contemperare le posizioni consolidate sulle quali la retroattività dei provvedimenti ha inciso e sta incidendo e ad assicurare una proporzionalità delle misure adottate.

Nemmeno potrebbe fondatamente obiettarsi al riguardo che il tetto di spesa nazionale era già fissato e quantificato, nella misura in cui esso non è il parametro di riferimento finale per il calcolo effettivo dell'eventuale ripiano a carico delle aziende, che è invece legato al superamento del tetto di spesa in cui ciascuna Regione e Provincia autonoma è incorsa.

Peraltro, i fabbisogni e gli acquisti deliberati dagli Enti sanitari prescindono ovviamente dalle decisioni delle aziende, le quali sono oltre tutto tenute a garantire le forniture di beni rivolti ad assicurare un interesse pubblico.

Tanto i tetti di spesa fissati retroattivamente quanto la tardiva e retroattiva certificazione del superamento del tetto di spesa, così come le attività rivolte all'attribuzione delle quote di ripiano all'azienda, sovvertono, in modo automatico e senza alcun preventivo parametro di riferimento, le posizioni contrattuali consolidate, con un sacrificio eccessivo e non proporzionato a danno dell'azienda.

Ciò lede anche la libertà di iniziativa economica riducendo illegittimamente l'utile su cui l'azienda aveva contato.

In tal modo non si consente all'azienda di operare previsioni, non avendo potuto essa tenere conto, né nella formulazione dei prezzi di gara né nella programmazione delle proprie risorse, degli oneri di ripiano.

Va poi rilevato che i provvedimenti impugnati sono violativi dei principi e delle disposizioni sanciti dall'art. 23 Cost e anche dei principi contabili cui l'attività amministrativa è soggetta, individuati dalla l. 196/2009 e dal d.lgs. 91/2011, all. 1.

In specie, si tratta dei principi di veridicità per il quale i dati contabili devono rappresentare le reali condizioni delle operazioni di gestione di natura economica, patrimoniale e finanziaria, secondo una rigorosa valutazione dei flussi finanziari ed economici che si manifesteranno nell'esercizio di riferimento, evitando sottovalutazioni e sopravvalutazioni delle singole poste.

Sono stati altresì disattesi i principi di correttezza, trasparenza, congruità – consistente nella verifica dell'adeguatezza dei mezzi disponibili rispetto ai fini stabiliti –, prudenza, coerenza e il principio di equilibrio di cassa che riguarda il pareggio finanziario complessivo di competenza e di cassa.

III.2. Sotto altro profilo, i Decreti *de quibus* e l'Accordo del 2019 sono violativi delle disposizioni di cui all'art. 9ter d.l. 78/2015, per mancato rispetto delle tempistiche e delle scadenze normative prefissate.

Il c. 1 lett. b), intanto, prescriveva che la fissazione dei tetti di spesa regionale dovesse essere effettuata entro il 15.9.2015 con aggiornamento a cadenza biennale.

Sono state dimostrate nel precedente paragrafo le distorsioni provocate dall'inosservanza di termini che, quand'anche intesi per ipotesi come meramente ordinatori, sono stati individuati con la *ratio* di programmare correttamente la spesa sanitaria; ove rispettati essi avrebbero costituito almeno un correttivo a tutela della certezza dei rapporti giuridici e dell'affidamento ingenerato in capo alle aziende fornitrici.

In ogni caso, il ritardo con cui è stato dato adempimento al disposto normativo è grave e non trova giustificazione.

Anche il provvedimento di certificazione dell'avvenuto superamento dei tetti di spesa viola le previsioni di riferimento, ed in particolare il c. 8 dell'art. 9ter nel testo antecedente alle modifiche apportate con l. 145/2018, come del resto indica lo stesso DM 6.7.2022.

Difatti, era previsto che entro il 30 settembre di ogni anno venisse certificato in via provvisoria l'eventuale superamento del tetto di spesa sulla base dei dati di consuntivo relativi all'anno precedente, salvo conguaglio da certificare con il DM corrispondente da adottare l'anno successivo.

Per il ripiano delle annualità dal 2015 al 2018, tuttavia, nessuna di queste previsioni è stata ottemperata ed è stato direttamente certificato, cumulativamente, in un'unica fase, il superamento dei tetti di spesa, sulla base di un'istruttoria tutt'altro che trasparente, elemento che inficia a sua volta i provvedimenti impugnati.

Vi è anche da rilevare una contraddittorietà tra i due Decreti adottati: nel primo DM si certifica il superamento dei tetti di spesa e si quantificano gli oneri di ripiano complessivamente dovuti dalle aziende fornitrici, sulla base di dati di fatturato e costi già raccolti, ma sui quali al contempo il secondo DM impone una ricognizione e una validazione con verifica di coerenza da parte degli Enti SSR e delle Regioni.

La disciplina è del tutto perplessa e si è evidentemente al cospetto di dati non stabili e non certi. La certificazione è avvenuta in modo incompleto tanto da essere stata determinata in esito alle attività attribuite dalle Linee Guida una diversa quantificazione della spesa da parte della Regione che ha modificato i dati di fatturato alla base dei calcoli e i dati di ripiano avendo riscontrato errori.

Sotto questo profilo deve essere censurata anche la mancata allocazione delle risorse sulla base dei fabbisogni effettivi degli Enti SSR, che non sono stati tenuti in considerazione nell'individuazione dei tetti regionali tanto che in violazione del c. 1, lett. b) dell'art. 9ter cit. è stata fissata la stessa percentuale di spesa per tutte le Regioni.

Vi è poi un totale difetto di trasparenza non solo nella definizione dei tetti di spesa regionali ma anche nella certificazione del loro superamento: non vi è alcuna evidenza in merito al calcolo effettuato né in merito ai dati utilizzati per attestare lo sfioramento della spesa fissata.

L'entità dello scostamento appare del tutto abnorme anche perché assume come base di riferimento anche le voci di costo relative ai servizi e non solo alla fornitura.

Difatti, per le procedure di gara antecedenti alle modifiche normative del 2018 (o oggetto di proroga) – e quindi quelle afferenti alle annualità che qui occupano – la fatturazione non ha debitamente distinto le componenti di servizio.

Molte gare sono poi state strutturate avendo come riferimento dei prezzi omnicomprensivi che dunque remunerano con unico prezzo tutte le voci di costo.

Per tutti i motivi esposti appare di immediata evidenza che i provvedimenti *de quibus* sono del tutto illegittimi e rendono a loro volta illegittimi i provvedimenti regionali adottati.

IV. Illegittimità derivata per illegittimità costituzionale dell'art. 9ter, d.l. 78/2015 conv. in l. 125/2015 ed in specie del comma 1 lett. b), del comma 8 - nel testo antecedente alla modifica l. 145/2018 e nel testo successivo a tale modifica laddove applicabile -, del comma 9 e del comma 9bis, introdotto dall'art. 18 del d.l. 115/2022 conv. in l. 142/2022, nonché dell'art. 29, d.lgs. 137/2022 e dell'art. 25, d.lgs. 138/2022 che richiamano le sopracitate norme, per contrasto con i principi di cui agli artt. 2, 3, 11, 32, 41, 97, 117 comma 1, 118 Cost.

I provvedimenti *de quibus* sono viziati per illegittimità in via derivata dalla manifesta incostituzionalità delle disposizioni normative di riferimento che individuano un meccanismo di ripiano a carico delle aziende fornitrici del superamento del tetto di spesa nazionale e regionale, oltre tutto come si è visto in via retroattiva.

La manifesta incostituzionalità delle disposizioni di cui all'art. 9ter, d.l. 78/2015, in specie dei commi 1 lett. b), 8, 9 e 9bis, nonché di conseguenza delle disposizioni di cui agli artt. 29, d.lgs. 137/2022 e 25, d.lgs. 138/2022 nella misura in cui richiamano e ribadiscono dette norme, e l'irragionevolezza del sistema così disciplinato inficiano la legittimità dei provvedimenti impugnati, in relazione a molteplici profili.

Anzitutto, il meccanismo delineato dalle norme in esame è in contrasto con l'iniziativa economica privata poiché introduce un limite eccessivo, sproporzionato ed arbitrario, alla

libertà di produzione e di scambio tutelata dall'art. 41 Cost, oltre che con il principio del legittimo affidamento, con correlativa violazione per entrambi gli aspetti anche del superiore canone di ragionevolezza imposto dall'art. 3 Cost.

Se è vero, infatti, che l'iniziativa economica privata trova limitazioni specificamente individuate dai commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost., tuttavia non è accettabile che il Legislatore possa intervenire con misure che, oltre a condizionare fortemente le scelte imprenditoriali fino a sopprimere l'iniziativa individuale, appaiano manifestamente arbitrarie e comunque incongrue rispetto alle finalità di utilità sociale asseritamente perseguite.

In proposito, l'obiettivo di contenimento e di razionalizzazione della spesa pubblica sanitaria non potrebbe giustificare un intervento autoritativo diretto ad incidere unilateralmente sul fatturato delle imprese, per di più con carattere retroattivo e dunque ledendo pure il legittimo affidamento delle imprese stesse.

Non può non tenersi conto del fatto che nella fattispecie le aziende destinatarie dei provvedimenti come la ricorrente non avevano alcun "punto di riferimento" per indirizzare la propria attività imprenditoriale: non vi era un tetto di spesa prefissato a livello regionale o un valore oggettivo cui fare riferimento, dato che in materia non ha mai operato fino ad ora il regime del *payback*, né vi era, come visto sopra, un *budget* preventivamente assegnato, che allocasse a monte le risorse stanziare e stanziabili.

Come già evidenziato, i tetti di spesa regionali per le annualità di che trattasi sono stati approvati definitivamente solo con l'Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano del 7.11.2019 atto rep. n. 181/CSR, in via retroattiva, ledendo il legittimo affidamento ingenerato nelle aziende come la ricorrente.

Già solo questo elemento mostra l'irragionevolezza che connota il meccanismo in esame.

Deve quindi rilevarsi che, conseguentemente, l'iniziativa economica privata viene sacrificata in assenza di qualsivoglia utilità sociale, in spregio alla disciplina dettata dalla Costituzione.

Difatti, il sistema delineato prescinde nella sostanza financo da valutazioni di necessità e appropriatezza degli acquisti effettuati dagli Enti sanitari e dunque da un'effettiva razionalizzazione della spesa, operando tagli lineari e automatici.

In questo senso si contesta anche la legittimità costituzionale e l'irragionevolezza delle norme che disciplinano il meccanismo di ripiano e di quelle che correlativamente impongono la fissazione di tetti di spesa senza tenere conto dell'allocazione delle risorse – evidentemente sottostimate – in violazione dei principi di contabilità pubblica e di buona andamento, e senza una compiuta valutazione in relazione alla congruità e alla appropriatezza degli acquisti rivolti alla tutela della salute, costituzionalmente garantito dall'art. 32 Cost.

Invero, gli Enti sanitari hanno bandito le gare per le forniture di dispositivi medici e stipulato i relativi contratti certamente sulla base di fabbisogni ed esigenze concreti, definiti sui consumi reali dell'oggetto della fornitura, al fine di garantire il perseguimento degli interessi alla cui cura essi sono preposti, e in ultima analisi del diritto alla salute, salvo non voler affermare che gli acquisti effettuati siano stati eccessivi e non proporzionati. Tuttavia, anche una siffatta considerazione – che qui non si vuole in alcun modo avanzare, intendendosi al contrario evidenziare proprio che il sistema per come congegnato non è rivolto alla corretta allocazione delle risorse ma ad applicare tagli lineari – mostrerebbe ulteriormente l'irragionevolezza del meccanismo, in contrasto con l'art. 3 Cost., dal momento che farebbe ricadere su soggetti terzi e incolpevoli (le aziende) la gestione irrazionale delle risorse pubbliche.

Del resto, sono gli Enti a definire il fabbisogno delle gare, ad individuare il prezzo a base d'asta di prodotti che di per sé hanno un prezzo liberamente determinabile e comunque non amministrato tramite negoziazione preventiva, nonché a stabilire le condizioni contrattuali come è noto non modificabili né contrattabili. Sulla base d'asta vi è peraltro una competizione tra gli operatori o al minor prezzo o comunque al prezzo più vantaggioso in rapporto alla qualità del prodotto.

L'operatore economico formula la propria offerta attraverso la valutazione di una serie di elementi che gli consentano di poter sostenere la commessa di cui aspira l'aggiudicazione e garantire la fornitura, che devono però basarsi su informazioni puntuali e predeterminate da parte della P.A. al momento dell'emanazione della legge di gara. In questo senso il meccanismo di ripiano, per come disciplinato e attuato, altera anche il confronto competitivo e introduce un elemento aleatorio del tutto imponderabile.

Le aziende, inoltre, non possono interrompere forniture come quelle in esame rivolte a garantire la tutela della salute, né possono unilateralmente sciogliersi dai contratti nemmeno quando troppo onerosi.

Nella sostanza, un profilo di irragionevolezza del meccanismo risiede nel fatto che ad esser sanzionata è la vendita fisiologica (in termini crescenti quanto maggiore è il fatturato) di beni necessari, richiedendosi una compartecipazione alla spesa pubblica attraverso quella che è a tutti gli effetti una modifica *ex post* dei termini economici dei rapporti contrattuali esauriti e/o in corso. E ciò, nonostante il regolare ed esatto adempimento delle proprie obbligazioni da parte dell'azienda che si vede decurtare, in assenza di elementi di prevedibilità, una parte del proprio corrispettivo su cui aveva fatto affidamento in quanto definito in esito alla procedura di gara.

Oltre tutto, il meccanismo di ripiano colpisce irragionevolmente non l'utile di impresa, bensì il fatturato che comprende anche la remunerazione dei costi sostenuti dall'azienda per l'esecuzione del contratto. Vi è una chiara violazione del legittimo affidamento riposto nella sicurezza giuridica e nella certezza del diritto, che trova anch'esso copertura costituzionale nell'art. 3 Cost.

Ora, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto come i valori della certezza del diritto e del **legittimo affidamento** potrebbero essere ragionevolmente e proporzionalmente sacrificati solo se si tratti di garantire esigenze indifferibili di bilancio (v. Corte cost. 188/2022).

Senonché il risparmio di spesa e la finalità di equilibrio del settore sanitario non possono essere ritenuti come obiettivi che legittimano *tout court* norme come quelle in contestazione: la norma successiva non può tradire l'affidamento del privato sull'avvenuto consolidamento di situazioni sostanziali (v. Corte cost., 156/2007 e 416/1999), pur se dettata dalla necessità di riduzione del contenzioso o di contenimento della spesa pubblica (v. Corte cost., 374/2002; più di recente 108/2019) o per far fronte ad evenienze eccezionali (v. Corte cost., 419/2000, 219/2014).

La stessa Corte costituzionale, chiamata a vagliare la legittimità costituzionale delle norme in esame sotto altri profili, in merito alle previsioni circa la rinegoziazione dei prezzi, ha affermato che tale disciplina supera il vaglio costituzionale poiché *“disegna un meccanismo idoneo a garantire che le posizioni contrattuali inizialmente concordate tra le parti non siano automaticamente modificate o comunque stravolte dalla sopravvenienza normativa, ma siano circoscritte nel perimetro della normale alea assunta ex contractu, nell'ambito della quale deve essere ricompreso, trattandosi di contratti di durata, anche l'intervento del legislatore”* (v. Corte cost. 169/2017).

Ebbene, proprio le succitate coordinate specificate mostrano l'illegittimità del meccanismo di ripiano, laddove esso incide in modo automatico, attraverso una riduzione lineare dei corrispettivi, su rapporti giuridici e su posizioni contrattuali concordate e consolidate.

L'irragionevolezza del meccanismo di ripiano, che opera tagli lineari e automatici, e della fissazione dei tetti di spesa, sottostimati rispetto alle necessità concrete, è dimostrata dal fatto che il Legislatore ha istituito il fondo per il governo dei dispositivi medici prevedendo che esso sia alimentato per il tramite del versamento da parte delle aziende fornitrici di una quota annuale derivante dalla vendita dei dispositivi al SSN (art. 15, c. 2, lett. h), l. 53/2021 e art. 28, d.lgs. 137/2022).

Un meccanismo come quello in esame, che non è in grado di garantire e indicare a monte una stima e una previsione su dati obiettivi e verificabili, è in contrasto con i principi di contabilità

pubblica e con i principi di buon andamento, oltre che con i principi comunitari, che integrano il parametro per la valutazione di conformità della norma statale o regionale ai sensi degli artt. 117, c. 1, e 11 Cost..

V. Illegittimità derivata per illegittimità costituzionale dell'art. 9ter, d.l. 78/2015 conv. in l. 125/2015 ed in specie del comma 1 lett. b), del comma 8 - nel testo antecedente alla modifica l. 145/2018 e nel testo successivo a tale modifica laddove applicabile -, del comma 9 e del comma 9bis, introdotto dall'art. 18, d.l. 115/2022 conv. in l. 142/2022, nonché dell'art. 29 d.lgs. 137/2022 e dell'art. 25 d.lgs. 138/2022 che richiamano le sopracitate norme, per contrasto con i principi di cui agli artt. 2, 3, 11, 23, 32, 42, 53, 97, 117 comma 1, 118 Cost., art. 1 protocollo addizionale CEDU.

I provvedimenti *de quibus* sono ulteriormente viziati per illegittimità in via derivata dalla manifesta incostituzionalità delle medesime disposizioni normative di riferimento che individuano un meccanismo di ripiano a carico delle aziende fornitrici del superamento del tetto di spesa nazionale e regionale, in relazione alla natura di tale meccanismo.

V.1. Per un verso il meccanismo di ripiano ha natura sostanzialmente espropriativa, dal momento che si dispone nei confronti delle aziende una vera e propria ablazione di fatturato formante oggetto di diritti quesiti, senza alcuna garanzia procedimentale e senza alcuna indennità. Conseguentemente tali norme violano gli artt. 97 e 42 Cost.

È del resto pacifico che l'espropriazione possa astrattamente colpire anche beni mobili fungibili, quale il denaro. Tuttavia, nel caso di specie, manca la previsione di un adeguato indennizzo, eventualmente di natura compensativa, del sacrificio imposto, che è del tutto sproporzionato ed eccessivo.

Ciò si traduce anche nella violazione delle norme e dei principi sanciti dall'art. 1 protocollo addizionale CEDU, come è noto parametro interposto di legittimità costituzionale in base all'art. 117, c. 1, Cost..

Vi è infatti una chiara ingerenza nella proprietà privata da parte del Legislatore che per essere legittima deve però avere una base normativa e una causa di pubblica utilità da perseguire in misura ragionevole e proporzionata.

La base normativa nel caso di specie difetta dei requisiti di precisione e prevedibilità in violazione del principio di legalità, posto che non vi è stata né vi è alcuna possibilità di prevedere né la misura dei tetti di spesa regionali né la spesa effettiva che evidentemente è stata per le annualità in questione eccessiva rispetto ai tetti, né la quantificazione degli oneri dovuti.

Il perseguimento dell'utilità pubblica individuabile nella razionalizzazione della spesa, oltre a non essere adeguatamente realizzato, viene attuato attraverso un meccanismo che non è proporzionato, sacrificando completamente la posizione del privato.

V.2. È chiaro per altro verso che il meccanismo in contestazione è rivolto ad addossare un prelievo forzoso e un recupero coattivo a carico delle aziende, richiedendo una loro compartecipazione alla spesa sanitaria pubblica, in assenza di qualsivoglia presupposto legittimante.

Le disposizioni sono pertanto illegittime alla luce degli artt. 23, 53 e 3 Cost.

L'attribuzione delle quote di ripiano sulla base del fatturato aziendale riferito al totale della spesa regionale/provinciale integra una prestazione patrimoniale imposta, di natura sostanzialmente tributaria e, quindi, come tale assoggettata ai vincoli di cui agli artt. 23 e 53 Cost.

Tale misura, indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato, infatti, dovrebbe gravare su “tutti” i cittadini in ragione della loro capacità contributiva, in virtù del principio di generalità delle imposte, in un sistema informato a criteri di progressività.

Nel caso di specie, è possibile ravvisare tutti i presupposti individuati dalla Corte costituzionale come caratterizzanti la nozione di tributo, ossia la doverosità della prestazione ed il collegamento di tale prestazione con la pubblica spesa, in relazione ad un presupposto economicamente rilevante (v. Corte cost. 141/2009, 149/2021).

In primo luogo, è stata stabilita in via autoritativa una decurtazione patrimoniale, senza che rilevi la volontà, in ordine all'*an*, al *quantum*, al *quando* ed al *quomodo*, di chi la subisce.

In secondo luogo, sussiste il collegamento del prelievo con la pubblica spesa: lo stesso Legislatore afferma che le norme rispondono alla (dichiarata) finalità di garantire la razionalizzazione della spesa sanitaria; soprattutto la misura della prestazione patrimoniale imposta a carico delle aziende è legata (tanto da avere in essa la base di riferimento e di calcolo) all'entità della spesa pubblica sostenuta allo scopo di recuperare a posteriori lo scostamento registrato.

Ora, il requisito della capacità contributiva, di cui all'art. 53 Cost., inteso quale “valore” diretto ad orientare la discrezionalità del Legislatore di fronte ai fenomeni tributari, si sostanzia in quello per cui “a situazioni uguali, corrispondono tributi uguali”, sicché il sacrificio patrimoniale che incida soltanto sulla condizione e sul patrimonio di una determinata categoria di soggetti, come le aziende fornitrici dei dispositivi medici, con evidente disparità di trattamento, è costituzionalmente illegittimo. Oltre tutto, il meccanismo di ripiano delineato è violativo del medesimo principio di capacità contributiva nella misura

in cui ancora la prestazione patrimoniale al fatturato, che non è un indice di capacità contributiva, e non al ricavo effettivamente percepito dalle aziende come la ricorrente. Dal fatturato non può difatti desumersi un'indicazione sui margini di profitto percepiti dall'azienda.

Inoltre, ne risulta del tutto violata la riserva di legge sancita dall'art. 23 Cost., non essendo compiutamente individuati a monte né l'oggetto, né il presupposto della prestazione patrimoniale che viene imposta, e tanto meno la sua misura, considerato *a fortiori* che la norma non fissa nemmeno i tetti di spesa regionali. Costituisce approdo pacifico quello per cui la legge deve fissare i criteri idonei a limitare la discrezionalità dell'ente impositore, dovendosi altrimenti riconoscere la violazione delle prescrizioni della norma costituzionale.

VI. Illegittimità derivata dall'illegittimità del DM 6.10.2022 per violazione e falsa applicazione dei principi di legalità dell'azione amministrativa di effettività della tutela dei diritti e degli interessi legittimi ex artt. 24, 113 Cost e 6 CEDU per l'eccessiva ampiezza della discrezionalità che viene rimessa all'organo amministrativo competente ad assumere le relative decisioni; violazione e falsa applicazione dell'art. 9ter d.l. 78/2015, commi 8, 9 e 9-bis. Eccesso di potere per illogicità, ingiustizia, perplessità e sviamento, difetto di motivazione, travisamento dei fatti, contraddittorietà.

Il provvedimento regionale di ripiano soffre di ulteriori illegittimità, derivanti a loro volta da ulteriori profili di illegittimità del DM 6.10.2022 a monte.

Il DM tradisce i propri obiettivi e non individua in modo adeguato e sufficiente la disciplina per addivenire ai provvedimenti di ripiano.

Esso delinea il procedimento in pretesa attuazione dell'art. 18 d.l. 115/2022, attraverso regole farraginose, vaghe, indeterminate e insufficienti nei loro contenuti, tali da non garantire i principi del giusto procedimento.

Di fatto, si accorda alle PA un'eccessiva discrezionalità che si traduce financo nella insindacabilità del provvedimento reso in violazione dei principi di legalità dell'azione amministrativa e di effettività della tutela dei diritti e degli interessi legittimi ex artt. 24, 113 Cost, e 6 CEDU.

Ciò rileva in relazione alla mancanza di determinazione dell'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo del meccanismo di ripiano peraltro non individuato nemmeno dalla disciplina di riferimento. Nel provvedimento non sono definite tutte le fasi dell'istruttoria, nel cui ambito non è stato previsto nemmeno il coinvolgimento delle aziende fornitrici in termini di partecipazione e di trasparenza.

Non sono chiari i passaggi e i compiti delle PA in caso di incoerenza dei dati, né se i dati attestati a luglio 2022 siano stabili o suscettibili di modifiche. Si tratta di gravi lacune che hanno inficiato irrimediabilmente i provvedimenti regionali attuativi.

Tanto meno è stato previsto un contraddittorio, né sono state esplicitate le modalità per rendere conoscibili i dati per il calcolo degli oneri di ripiano, necessario per ricostruire l'*iter* di attribuzione.

Non vi sono elementi di sorta per operare previsioni, né è stato determinato se e come avere contezza dei dati alla base dei provvedimenti di ripiano; manca inoltre del tutto la definizione dei criteri applicativi del meccanismo.

Inoltre, non sono state fornite indicazioni per il corretto calcolo del fatturato soggetto agli oneri di ripiano. Per l'attuazione del meccanismo di ripiano relativo all'annualità 2019 sono state date indicazioni maggiori, ancorché non esaustive, per il tramite della circolare ministeriale prot. n. 0007435 del 17.3.2020 (**all. 6**) ai fini dell'individuazione delle fatture rilevanti muovendo proprio dal presupposto della necessità di approfondimenti e di specificazioni.

Tuttavia, come già dedotto, per le annualità precedenti e qui in esame non sono state formulate indicazioni.

Le indicazioni relative al 2019 potrebbero in via ipotetica costituire parametri anche per l'istruttoria delle PA, ma non vi sono in questo senso nemmeno dei richiami normativi (v. *supra*).

Le lacune di cui soffrono le Linee Guida rendono già illegittima e arbitraria ogni quantificazione a carico delle aziende, senza la possibilità di operare alcuna verifica e ricostruire l'*iter* seguito.

L'assenza di dettaglio rende il DM palesemente viziato con conseguente e ovvia corrispondente illegittimità dei provvedimenti di ripiano regionali che, come si è visto, non hanno colmato le lacune degli atti in virtù dei quali sono stati emanati.

VII. Illegittimità derivata dall'illegittimità del DM 6 ottobre 2022 (e del DM 6 luglio 2022 laddove afflitto dal medesimo vizio) per violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 23 e 53 Cost., dell'art. 9ter, comma 8, d.l. 78/2015, violazione e falsa applicazione del d.P.R. 633/1972. Eccesso di potere per illogicità, ingiustizia, perplessità e sviamento, difetto di motivazione, travisamento dei fatti, contraddittorietà. In subordine, illegittimità costituzionale del comma 8 nel testo previgente laddove interpretato secondo quanto stabilito dal novellato comma 8 e illegittimità costituzionale del comma 8 sostituito dalla l. 145/2018.

Il Decreto recante le Linee Guida è viziato sotto un ulteriore dirimente profilo.

All'art. 3, c. 2, si prescrive che gli Enti del SSR o provinciale calcolino il fatturato annuo di ciascuna azienda al lordo dell'IVA, come somma degli importi delle fatture riferite ai dispositivi medici contabilizzati nei modelli CE alla voce BA0210.

Tuttavia, ciò si pone in contrasto con il c. 8 dell'art. 9ter d.l. 78/2015, nella versione antecedente alla novella del 2018 qui applicata, come espressamente dichiarato nel DM medesimo. Il c. 8 non individua la base di calcolo al lordo dell'IVA.

È semmai la previsione attualmente vigente (illegittima) a fornire tale indicazione.

In parte qua il DM 6.10.2022 è in contraddizione con il DM di certificazione del superamento dei tetti di spesa, che in nessun punto si riferisce all'IVA e che si presume essere stato adottato in coerenza con il dettato normativo, quantificando le somme al netto dell'IVA.

Tale Decreto, laddove invece abbia attestato gli scostamenti di spesa al lordo dell'IVA, sarebbe anch'esso viziato per le medesime ragioni che qui si espongono e per manifesta perplessità, con conseguente necessità di annullamento.

Infatti, è ingiusto, irragionevole e comunque violativo delle disposizioni di riferimento in materia tributaria e di imposta sul valore aggiunto di cui al dPR 633/1972 esigere che il recupero delle somme derivanti dagli scostamenti di spesa registrati sia comprensivo di tale onere tributario.

Del resto, è noto che per le operazioni soggette a IVA vige il principio di neutralità.

Laddove in linea di principio gli Enti dovessero aver versato l'IVA alle aziende al momento del pagamento del corrispettivo di fornitura, le aziende a loro volta hanno versato all'Erario quelle stesse somme. Il soggetto che paga l'IVA inoltre ha diritto alla detrazione dell'importo. Si deve considerare comunque che in forza del c.d. *split payment*, secondo le disposizioni di cui all'art. 17ter d.P.R. 633/1972, gli Enti pubblici non versano l'IVA a favore dei fornitori corrispondendo solo l'imponibile.

L'IVA quindi costituisce una componente meramente nominale che non fa parte di quanto remunerato all'azienda e che non viene corrisposta effettivamente e non rientra nel flusso di cassa del fornitore.

Le previsioni in contestazione finiscono quindi con il far gravare un'ulteriore imposizione a carico delle aziende, senza presupposti, maggiorando le somme calcolate sul fatturato di ulteriori importi (nella misura del 22% e del 4% a seconda dei dispositivi), che nulla hanno a che fare con un guadagno da parte dell'azienda.

Laddove si ritenesse in subordine applicabile il c. 8 nel testo vigente o comunque si interpretassero le norme di riferimento nel senso applicato dal Ministero della Salute, si

solleva questione di legittimità costituzionale del c. 8 dell'art. 9^{ter} d.l. 78/2015, per irragionevolezza e contrasto con gli artt. 3, 23, 53 Cost..

L'applicazione data dal Ministero della Salute e il disposto normativo stesso sarebbero peraltro sistematicamente in contrasto con le recenti previsioni di cui agli artt. 28 d.lgs. 137/2022 e 24 d.lgs. 138/2022 (sulla cui legittimità non si verte in questa sede): le norme in questo caso prescrivono che la quota annuale a carico delle aziende volta ad alimentare il fondo per il governo dei dispositivi medici vada calcolata nella misura dello 0,75% del fatturato al netto dell'imposta sul valore aggiunto.

* * *

C) ISTANZA ISTRUTTORIA

La ricorrente ha presentato in data 22.12.2022 istanza di accesso volta ad acquisire copia della documentazione ivi elencata, in via meramente esemplificativa e non esaustiva, indispensabile per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi in relazione a tutti gli atti e alla documentazione posta alla base dei calcoli effettuati per la quantificazione dello scostamento dei tetti di spesa per l'acquisto di dispositivi medici in relazione agli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 nonché all'individuazione e al calcolo della quota di ripiano a carico delle aziende fornitrici e delle Società Allergan ed AbbVie in particolare.

Nell'ambito del procedimento condotto dalla Regione, e a conclusione dello stesso, non sono stati forniti la documentazione e i dati specifici riferibili al calcolo del ripiano a carico della ricorrente, né tanto meno le evidenze documentali che hanno condotto all'individuazione della quota di ripiano.

La mancata esplicitazione dei dati e la mancata ostensione dei documenti alla base del calcolo del ripiano hanno precluso alla ricorrente la possibilità di verificare la correttezza dei conteggi effettuati.

Siffatta verifica si rende evidentemente necessaria ed è pertanto interesse della ricorrente accedere a tutti gli atti e alla documentazione posta alla base dei calcoli effettuati per la quantificazione dello scostamento dei tetti di spesa per l'acquisto di dispositivi medici in relazione agli anni 2015-2018 nonché all'individuazione e al calcolo della quota di ripiano a carico delle aziende fornitrici e delle Società Allergan ed AbbVie.

La Regione non ha dato riscontro all'istanza e si è limitata alla pubblicazione dei dati aggregati di fatturato.

Tuttavia sono necessari, per poter comprendere i calcoli effettuati, tutti gli atti posti alla base del provvedimento adottato, incluse le specifiche deliberazioni di ricognizione degli Enti ed,

almeno, le fatture dagli stessi utilizzate e considerate ai fini della quantificazione del superamento del tetto di spesa e ai fini del calcolo delle quote di ripiano.

Ferma l'istanza formulata ai sensi dell'art. 116, comma 2, cpa (*infra*), si fa pertanto istanza perché l'Ecc.mo TAR voglia disporre ex artt. 64 e 65 cpa l'esibizione dei documenti sopra indicati nonché di tutti quegli ulteriori documenti ritenuti indispensabili o anche solo utili per l'esatta ricostruzione della posizione della ricorrente rispetto agli obblighi di ripiano.

* * *

D) ISTANZA EX ART. 116, COMMA 2, C.P.A.

Come innanzi riportato, al fine di tutelare adeguatamente i propri diritti ed interessi legittimi anche in sede giudiziale, già in data 22.12.2022 l'odierna ricorrente ha formalizzato istanza di accesso per verificare la legittimità dei gravati provvedimenti e, nella specie, il corretto esperimento della presupposta istruttoria.

Nella specie, la ricorrente ha chiesto di avere accesso alla documentazione ivi elencata, in via meramente esemplificativa e non esaustiva, indispensabile per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi in relazione a tutti gli atti e alla documentazione posta alla base dei calcoli effettuati per la quantificazione dello scostamento dei tetti di spesa per l'acquisto di dispositivi medici in relazione agli anni 2015-2018 nonché all'individuazione e al calcolo della quota di ripiano a carico delle aziende fornitrici e della Società.

L'istanza *de qua* è rimasta tuttavia di fatto inevasa: la Regione, dopo avere fornito una risposta interlocutoria in cui indicava l'Assessorato alla Salute come soggetto competente a riscontrare l'istanza di accesso, ha colpevolmente omesso di ostendere i dati riferibili al calcolo del ripiano a carico dell'azienda ed i documenti che hanno condotto all'individuazione della quota di ripiano, sebbene dette informazioni fossero – così come sono – necessari per poter ricostruire e comprendere i calcoli, i conteggi e le valutazioni svolti.

L'illegittimo silenzio-diniego serbato dalla Regione ha compromesso – e compromette – il diritto di difesa dell'odierna ricorrente, cui viene di fatto impedita qualsivoglia verifica, con grave pregiudizio della sua posizione.

Si chiede quindi, ai sensi e per gli effetti dell'art. 116, comma 2, cpa, che venga concesso l'accesso ai documenti di cui all'istanza del 22.12.2022, illegittimamente respinta, in via silente, dalla Regione.

E) ISTANZA DI AUTORIZZAZIONE ALL'INTEGRAZIONE DEL CONTRADDITTORIO E ALLA NOTIFICAZIONE PER PUBBLICI PROCLAMI

Il presente ricorso viene notificato ad una impresa potenziale controinteressata.

Tuttavia, posto che il caso di specie vede coinvolte tutte le Società produttrici/distributrici di dispositivi medici che operano nel territorio italiano interessate dal DM 6.7.2022 e dal DM 6.10.2022 (v. decreto n. 9706/2022), incluse quelle ricomprese negli elenchi allegati al provvedimento di ripiano della Regione Siciliana, atteso che l'eventuale accoglimento del ricorso potrebbe avere effetti anche nei loro confronti, è necessaria l'integrazione del contraddittorio secondo quanto già stabilito da codesto Ecc.mo TAR in fattispecie analoghe.

In tali termini, considerate le peculiarità della fattispecie, e considerato che la notificazione per le vie ordinarie sarebbe particolarmente difficile a causa dell'elevato numero dei soggetti da chiamare in giudizio, si chiede di essere autorizzati ad integrare il contraddittorio mediante notificazione del presente ricorso per pubblici proclami a tutte le Società produttrici/distributrici di dispositivi medici indicate dal DM 6.7.2022 e dal DM 6.10.2022, incluse quelle ricomprese negli elenchi allegati al provvedimento di ripiano della Regione Siciliana, ex artt. 41, c. 4, e 52, c. 2, cpa, mediante inserimento del ricorso introduttivo del giudizio sul sito *web* istituzionale del Ministero della Salute, nella apposita Sezione prevista dalla legge con le modalità già indicate in precedenti pronunce sul punto (v. di recente decreto dell'Ill.mo Presidente di codesta Sezione, n. 9706/2022) e/o ove occorra sul sito *web* istituzionale della Regione Siciliana.

* * *

➤ **ISTANZA CAUTELARE**

La sussistenza di *fumus boni iuris* si evince da quanto sopra esposto in DIRITTO.

Per quanto attiene al *periculum in mora*, i provvedimenti regionali in questione hanno attribuito una quota di ripiano a carico della ricorrente (per la precisione, della sua incorporata Allergan S.p.A.) pari a **€ 15.216,51**, oltre ad € 0,24 a carico di AbbVie s.r.l., che la ricorrente dovrebbe versare nel termine del **30 aprile 2023** (secondo la proroga disposta con d.l. 4/2023).

In disparte l'illegittimità di siffatta misura, è evidente che la ricorrente si trova ingiustamente costretta a scegliere se versare in tempi assai ristretti – comunque incompatibili con la definizione nel merito del presente giudizio – cifre rilevanti come quella richiesta dalla sola Regione Siciliana, che va ovviamente a sommarsi agli importi pretesi dalle altre Regioni e Province autonome, o se affrontare corrispondenti mancati introiti sulle forniture in corso, introiti che le sono indispensabili per proseguire nella sua attività di impresa e per garantire la continuità delle stesse forniture di dispositivi agli ospedali della Regione e dell'intero Paese.

La ricorrente è chiamata infatti a versare nel complesso oltre ben 3 Milioni di Euro che andrebbero a gravare e ad aggravare le spese correnti per garantire le attività in un contesto economico particolarmente complesso, nel quale tra l'altro si registrano imprevisti ed imprevedibili incrementi delle voci di costo che già compromettono la sostenibilità delle commesse in atto.

I provvedimenti *de quibus* sono stati del resto adottati solo oggi, a distanza di anni, in una situazione come quella attuale che vede una grave crisi economica, un aumento dei prezzi dell'energia e delle materie prime e difficoltà per le aziende come la ricorrente a mantenere inalterati i prezzi di fornitura dovendo al contempo garantire l'esecuzione dei contratti pubblici.

E ciò senza aver in alcun modo causato l'eccesso di spesa in cui il SSR è incorso e senza che fosse possibile operare previsioni di sorta in merito alle richieste di ripiano oggi pervenute e rispetto alle quali non vi è nemmeno la possibilità di comprenderne la quantificazione.

Sotto altro profilo, la normativa prevede che le Regioni imputino a bilancio l'importo del *payback*; le lacune istruttorie contestate minano pertanto anche l'interesse collettivo alla veridicità dei bilanci, potendo i provvedimenti gravati determinare ripercussioni più ampie sulla spesa pubblica regionale.

Anche nel contemperamento dei contrapposti interessi, si rende necessaria dunque una sospensione dei gravati provvedimenti che consentirebbe comunque un ripensamento da parte delle Amministrazioni anche rispetto all'istruttoria.

* * *

Per i motivi suesposti, si insiste affinché codesto Ecc.mo TAR, *contrariis reiectis*, voglia accogliere integralmente il presente ricorso, e per l'effetto,

- **in via cautelare:** previa audizione della difesa di parte ricorrente in camera di consiglio, sospendere l'efficacia dei gravati provvedimenti;
- **nel merito:** annullare i provvedimenti impugnati, previa rimessione alla Corte costituzionale della questione incidentale di costituzionalità formulata con riferimento all'art. 9-ter, commi 1 lett. b), 8, 9, 9-bis, d.l. 78/2015 conv. in l. 125/2015, in quanto rilevante e non manifestamente infondata sollevata nel ricorso, e previo accoglimento di tutte le istanze, anche istruttorie, formulate nel sopraesteso ricorso.

Con vittoria di spese e onorari di causa e rifusione del contributo unificato.

Ai sensi del d.P.R. 115/2002, si dichiara che alla proposizione del presente ricorso corrisponde l'obbligo di versamento di un contributo unificato complessivo pari ad Euro 650,00.

Si producono i seguenti documenti:

- 0) atto di fusione per incorporazione del 12.7.2022, Notaio Roberto Giacobini, in Roma, Rep. n. 51696 racc. n. 18838
- 1) DM 6 luglio 2022 pubblicato in GURI Serie Generale n. 216 del 15.9.2022 - certificazione superamento dei tetti di spesa
- 2) DM 6 ottobre 2022 pubblicato in GURI Serie Generale n. 251 del 26.10.2022 – emanazione delle Linee Guida
- 3) Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano del 7.11.2019 atto rep. n. 181/CSR – definizione tetti di spesa regionali
- 4) Intesa della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 14.9.2022
- 5) Intesa delle Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano del 28.9.2022
- 6) Circolare ministeriale prot. n. 0007435 del 17.3.2020 - individuazione fatture elettroniche per l'applicazione del ripiano per l'anno 2019
- 7) Decreto Assessoriale dell'Assessorato della Salute della Regione Siciliana n. 1247 del 13.12.2022
- 8) Allegato A - Elenco delle aziende fornitrici e relativi importi di ripiano da queste dovuti per l'anno 2015 della Regione Siciliana
- 9) Allegato B - Elenco delle aziende fornitrici e relativi importi di ripiano da queste dovuti per l'anno 2016 della Regione Siciliana
- 10) Allegato C - Elenco delle aziende fornitrici e relativi importi di ripiano da queste dovuti per l'anno 2017 della Regione Siciliana
- 11) Allegato D - Elenco delle aziende fornitrici e relativi importi di ripiano da queste dovuti per l'anno 2018 della Regione Siciliana
- 12) Istanza di accesso della ricorrente alla Regione Siciliana
- 13) Nota del 28.12.2022 della Regione Siciliana

Milano-Roma, 3 febbraio 2023

avv. prof. Giuseppe Franco Ferrari