

SEZ. III QUATER; R.G.N. 2834/2023

RICORSO PER MOTIVI AGGIUNTI

nell'interesse della **GLOBUS MEDICAL ITALY S.R.L.** (C. F. 02416870992), con sede legale in Milano, Via Ettore Bugatti n. 12, che agisce in proprio e quale cessionaria del ramo d'azienda ceduto da Alphatec Spine Italia S.r.l., P. IVA 0365479026, in persona del legale rappresentante *pro tempore* dott. Keith William Pfeil, rappresentata e difesa, giusta procura allegata all'atto di costituzione di nuovo difensore, dall'Avv. Prof. Diego Vaiano (C.F. VNADGI67T23F839N), elettivamente domiciliata presso lo Studio Legale Vaiano Cataldo in Roma, Lungotevere Marzio, 3 (recapiti: FAX 06.6874870; PEC: diegovaiano@ordineavvocatiroma.org),

CONTRO

- la **Regione Emilia Romagna**, in persona del Presidente *p.t.*, rappresentata e difesa dall'Avv. Maria Rosaria Russo Valentini;
- il **Ministero della Salute**, in persona del Ministro *p.t.*;
- il **Ministero dell'Economia e delle Finanze**, in persona del Ministro *p.t.*;
- la **Presidenza del Consiglio dei Ministri**, in persona del presidente *p.t.*;
- la **Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e di Bolzano**, in persona del legale rappresentante *p.t.*;
- la **Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome** in persona del legale rappresentante *p.t.*;

E NEI CONFRONTI

- della **Lommar s.r.l.**, in persona del legale rappresentante *p.t.*;
- dell'**Azienda Ospedaliero-Universitaria di Ferrara – Arcispedale S. Anna**, in persona del legale rappresentante *p.t.*;

PER L'ANNULLAMENTO,

attraverso i motivi aggiunti:

- della Determinazione dirigenziale della Direzione Generale Cura della Persona, Salute e Welfare della **Regione Emilia Romagna** n. 25860 del 27 novembre 2024, recante *“Ottemperanza alla Sentenza n. 139/2024 emessa dalla Corte Costituzionale in data 22 luglio 2024 e aggiornamento dell’accertamento e dell’impiego relativi al ripiano per il superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici anni 2015-2018”* (**doc. 1**);
- dell’Allegato parte integrante 1 alla predetta determinazione (**doc. 1**);

attraverso il ricorso introduttivo:

- della Determinazione dirigenziale della Direzione Generale Cura della Persona, Salute e Welfare della **Regione Emilia Romagna** n. 24300 del 12 dicembre 2022, recante *“Individuazione delle aziende fornitrici di dispositivi medici e delle relative quote di ripiano dovute dalle medesime alla Regione Emilia-Romagna per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 ai sensi del comma 9-bis dell’art. 9-ter del Decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla Legge 6 agosto 2015, n. 125”*;
- dell’Allegato 1 alla predetta determinazione, recante l’*“elenco quota di ripiano annuale e complessiva per fornitore”*;
- del decreto adottato il 6 luglio 2022 dal Ministro della salute di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, avente ad oggetto *“Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018”*, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale n. 216 del 15 settembre 2022;
- del decreto adottato il 6 ottobre 2022 dal Ministro della salute, avente ad oggetto *“Adozione delle linee guida propedeutiche all’emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018”*, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale n. 251 del 26 ottobre 2022;
- per quanto possa occorrere, dell’Accordo, atto di repertorio numero 181 CSR del 7 novembre 2019, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano;

FATTO

1. – In esito alla pronuncia della Corte costituzionale del 22 luglio 2024, n. 139, la Regione Emilia Romagna ha provveduto ad adottare le determinazioni dirigenziali indicate in epigrafe e ad emettere nuovi avvisi di pagamento nei confronti delle aziende coinvolte nel procedimento di *pay back*, ricalcolando gli importi da queste dovuti in conformità ai principi sanciti dalla medesima Corte nella sentenza pocanzi citata. Era stato in un primo intimato anche all'impresa ricorrente il versamento delle somme così rideterminate entro e non oltre il termine di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento, con l'avvertimento che, in caso di inadempimento, si sarebbe proceduto all'applicazione della misura di compensazione prevista dall'articolo art. 8 del d.l. 30 marzo 2023, n. 34, senza ulteriore avviso. Successivamente, peraltro, questa intimazione di immediato pagamento è stata modificata dalla Regione stessa che ha fissato per la data del 31 dicembre 2025 il termine per effettuare gli indicati pagamenti. Ciò ha determinato il venir meno delle esigenze cautelari e la presente impugnazione viene notificata, pertanto, ai soli fini della contestazione della legittimità di tale nuova richiesta di pagamento, senza richiedere la misura cautelare della sospensione provvisoria dei suoi effetti.

2. – Premesso quanto sopra, si richiama integralmente in questa sede quanto già dedotto, in fatto e in diritto, nei precedenti scritti difensivi, osservandosi come il nuovo provvedimento di ripiano impugnato con il presente atto e i suoi allegati siano illegittimi in via derivata dall'illegittimità degli ulteriori provvedimenti, anche a carattere generale, che lo hanno preceduto.

Come tali, essi sono meritevoli di annullamento per i medesimi motivi già dedotti nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti, che di seguito si riportano per esteso. Naturalmente, essi vengono riproposti nei limiti nei quali essi possono ritenersi ancora attuali dopo la sopravvenienza di alcune novità normativa e, soprattutto, dopo l'adozione della sentenza della Corte costituzionale n. 140/2024 che ha dichiarato non fondate alcune delle questioni di

costituzionalità che erano state sollevate con motivi identici a quelli svolti dall'odierna ricorrente nel presente giudizio, che non vengono pertanto qui reiterati.

DIRITTO

1. – Illegittimità dei provvedimenti impugnati con i presenti secondi motivi aggiunti per violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990 e del principio di partecipazione al procedimento dei soggetti interessati dai suoi potenziali effetti sfavorevoli.

La determinazione di ripiano qui oggetto di contestazione risulta illegittima innanzitutto in quanto, allo stesso modo di quanto avvenuto con le richieste di ripiano che essa va in questo momento a sostituire, non è stata preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, con conseguente violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990 e dei diritti di partecipazione al procedimento dei soggetti interessati dai suoi potenziali effetti sfavorevoli.

Come si è anticipato in narrativa, infatti, a differenza di quanto è stato fatto da altre amministrazioni chiamate ad applicare il meccanismo di *pay back* introdotto nell'ordinamento dall'art. 9-ter del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, la Regione resistente ha ancora una volta attribuito i nuovi oneri di riparto del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 a carico delle aziende fornitrici senza dare modo a queste di verificare come si sia arrivati agli importi indicati nella determinazione impugnata né di fornire, in sede procedimentale, alcun contributo utile ai fini dell'adozione di un provvedimento finale di contenuto diverso.

Un tale contributo, aggiungiamo, sarebbe stato nella fattispecie fondamentale anche in quanto il citato art. 9-ter e il DM 6 ottobre 2022, recante le linee guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto per i dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, impongono alle Regioni di effettuare una complessa istruttoria finalizzata alla ricognizione di tutto il fatturato di tutte le aziende avente ad oggetto la fornitura di dispositivi medici, alla validazione e certificazione di tale fatturato e, poi, alla verifica della coerenza di tale fatturato

con quello contabilizzato nella voce «BA0210 - Dispositivi medici» del modello CE consolidato regionale (999) per ciascuno degli anni di riferimento.

Laddove avessero potuto esercitare i diritti partecipativi che la legge riconosce loro, avendo peraltro a disposizione i dati contabili e di fatturato utilizzati dalla Regione, le aziende avrebbero potuto verificare la completezza e correttezza dell'istruttoria procedimentale, verificando l'affidabilità delle complesse operazioni di calcolo (ma non solo) che la normativa vigente richiede alle amministrazioni di effettuare. La Regione, invece, ha direttamente pubblicato l'atto conclusivo del procedimento di cui si discute, indicando "al buio" - ossia senza illustrare i criteri sulla metodologia di calcolo a tal fine seguita né mettere a disposizione delle aziende documentazione utile a consentire loro di comprendere quali dati di spesa siano stati presi in considerazione e quali siano stati esclusi dal calcolo - gli importi di ripiano a carico di ciascun fornitore.

La Regione, inoltre, non ha neppure indicato la spesa complessiva annuale riguardante ogni operatore economico rispetto al dato totale, impedendo così alle aziende di verificare, nel corso del procedimento, se tale spesa sia stata calcolata correttamente e come la Regione sia giunta a quantificare le varie *market share* e, quindi, i ripiani.

Quanto è avvenuto nel caso di specie, tuttavia, ripete ciò che era accaduto nel 2012 nel settore farmaceutico, nella prima occasione nella quale l'AIFA aveva adottato provvedimenti di ripiano dello sfondamento del tetto di spesa previsto per l'assistenza farmaceutica.

Anche in quel caso, infatti, l'Amministrazione non aveva fatto precedere il provvedimento finale di ripiano dalla comunicazione di avvio del procedimento. Ebbene, codesto Ecc.mo TAR annullò in quell'occasione il provvedimento di ripiano con sentenza in forma semplificata (si cfr., tra le altre, TAR Lazio, Sez. III Quater, sent. n. 3521/2012), rilevando in proposito che:

(i) tale comunicazione "avrebbe consentito alla società interessata di partecipare al procedimento stesso con argomentazioni che avrebbero potuto indurre l'AIFA a non adottare il provvedimento o ad adottarlo con un contenuto diverso, ad esempio quantificando in misura differente il quantum debeatur"; e che:

(ii) “la partecipazione al procedimento, di cui il previo avviso costituisce il necessario presupposto, svolge nella sostanza una funzione conoscitiva a vantaggio di ambedue le parti, pubblica e privata, atteso che consente all’interessato un’anticipata tutela delle proprie ragioni e permette all’amministrazione di ridurre i margini di errore, giacché le consente di conoscere, prima dell’adozione del provvedimento, i vizi in cui incorrerebbe adottandolo”.

Non solo. Anche in quel caso, così come nella fattispecie oggi all’esame di codesta Ecc.ma Sezione, la normativa volta a disciplinare il procedimento di *pay back* non prevedeva espressamente la necessità di procedere a tale comunicazione, limitandosi l’art. 5 del d.l. n. 159/2007 a contemplare la comunicazione del provvedimento conclusivo, ossia della “quota di ripiano” a carico delle aziende. Tale circostanza – osservò il TAR – non assume tuttavia rilievo decisivo in quanto *“la comunicazione di avvio del procedimento è una disposizione di carattere generale sempre applicabile salvo che la stessa Amministrazione non ne dimostri l’inutilità ex art. 21 octies, l. n. 241/1990”*; e tale inutilità, anche ora come allora, non può certo predicarsi (neanche) nel caso di specie alla luce della natura del provvedimento di cui si discute, delle discrasie riscontrate dalla stessa amministrazione procedente e della necessità di consentire alle aziende di fornire il loro contributo nella corretta quantificazione degli oneri di ripiano posti a loro carico.

Già sotto questo primo profilo, pertanto, i provvedimenti impugnati appaiono meritevoli di sicuro annullamento e rifacimento da parte dell’amministrazione resistente.

2. – Illegittimità dei provvedimenti impugnati con i presenti secondi motivi aggiunti per violazione dei principi sulla trasparenza e conoscibilità dei dati sulla base dei quali si fonda l’azione amministrativa di cui alla legge n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

Una seconda ragione di illegittimità che, al pari dei provvedimenti che l’hanno preceduta, caratterizza anche la determinazione di ripiano adottata dalla Regione resistente, si fonda sulla totale inottemperanza ai principi posti nella legge n. 241/1990 al fine di garantire la trasparenza dell’azione amministrativa e la conoscenza dei dati sulla base dei quali essa si fonda che ha

contraddistinto l'operato della Regione stessa.

Occorre operare immediatamente una precisazione: questa volta la situazione di fronte alla quale ci troviamo non è in alcun modo paragonabile a quella che ha caratterizzato le vicende relative al *pay back* farmaceutico, sulla quale tanto codesta Ecc.ma Sezione quanto il Consiglio di Stato si sono recentemente pronunciati nel senso della legittimità dell'operato dell'AIFA.

In quel caso, infatti, l'Agenzia Italiana del Farmaco, come abbiamo detto, aveva messo a disposizione delle aziende i dati di spesa relativi ai prodotti di loro titolarità, i dati di spesa totali (aggregati) presi in considerazione per ogni voce di costo, quelli riferiti a specifiche categorie di farmaci, nonché una nota sulla metodologia di calcolo seguita, sicché il tema che in quei giudizi si è posto era quello della dedotta necessità che si instaurasse *“un contraddittorio procedimentale generalizzato tra l'AIFA e tutte le aziende su tutti i dati forniti da tutte le imprese farmaceutiche”*.

Ebbene, la giurisprudenza ha negato che una tale pretesa sia protetta dall'ordinamento vigente sul presupposto che, in tal modo, si verrebbe *“... a realizzare una vera e propria “cogestione” della spesa farmaceutica tra l'AIFA e le aziende di settore, non prevista dall'ordinamento settoriale e dalle leggi speciali applicabili – come del resto dalle norme generali in materia di partecipazione procedimentale dettate dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, che restano quelle cui fare riferimento anche nella specie in assenza di diverse indicazioni normative – e contraria al principio di efficienza dell'azione amministrativa, appesantendone notevolmente e inutilmente l'iter istruttorio, ma anche e soprattutto in quanto non necessaria, per la corretta determinazione del *pay back*, e confliggente con le meritevoli esigenze di riservatezza delle altre aziende, per evidenti ragioni di tutela del segreto commerciale/industriale”* (in questo senso, tra le altre, Cons. Stato, Sez. III, 18 novembre 2022, n. 10175).

Nella fattispecie oggetto del presente giudizio, però, le cose stanno diversamente. In questa sede non si discute, infatti, della necessità di avviare un contraddittorio procedimentale generalizzato su tutti i dati di fatturato di tutte le imprese, bensì della manca anche di quel minimo di informazioni necessarie per consentire alle aziende di comprendere perché sia stato loro richiesto un determinato importo, verificare che tale importo sia corretto alla luce della

normativa vigente e della spesa effettiva e fornire (anche in sede procedimentale) un apporto utile a correggere eventuali errori.

La Regione, in effetti, non ha messo a disposizione delle aziende fornitrici di dispositivi medici nessun dato, nessuna informazione, nessuna nota metodologica. Niente. Come si è già evidenziato al motivo precedente, a differenza di quanto fa l'AIFA la Regione non ha neppure indicato la spesa complessiva annuale riguardante ogni operatore economico rispetto al dato totale, impedendo così alle aziende di verificare, nel corso del procedimento, se tale spesa sia stata calcolata correttamente e come la Regione sia giunta a quantificare le varie *market share* e, quindi, i ripiani.

Nel provvedimento di ripiano non c'è alcun dato e nell'Allegato allo stesso sono presenti solo gli importi di ripiano a carico di ogni azienda per gli anni che vanno dal 2015 al 2018. Viene sostanzialmente impedita ogni forma di verifica e anche di tutela a fronte di eventuali errori.

La differenza tra le due situazioni, insomma, è evidente, così come palese risulta il problema di mancanza di trasparenza e verificabilità da parte delle aziende dei dati di spesa utilizzati dalla Regione ai fini della quantificazione della richiesta di ripiano, nonché dei calcoli da essa operati nell'ambito del procedimento che ha condotto all'adozione dei provvedimenti impugnati.

Il precedente del ripiano farmaceutico citato si dimostra, allora, favorevole rispetto alla pretesa che si intende far valere in questa sede, avendo il Consiglio di Stato affermato, in quell'occasione, che « la condivisione dei dati attuata dall'AIFA (individuali propri ed aggregati) è quella che meglio realizza il bilanciamento degli interessi coinvolti, tenuto conto di quanto esposto sopra in merito alle esigenze di riservatezza altrui e, al tempo stesso, ciascuna azienda è messa in grado di controllare l'esattezza dei propri dati, così garantendo una forma di controllo "diffuso" ». In questa occasione la Regione, come si è detto, non ha condiviso con le aziende nessun dato, neppure quelli che direttamente le riguardano e quelli aggregati, impedendo così alle stesse di operare alcuna verifica in merito al *quantum* delle quote di *pay back* loro attribuite, a quali tipologie di dispositivi medici sono state prese in considerazione, all'eventuale scorporo dal calcolo della spesa riferibile ai servizi connessi alle forniture, etc.

La rappresentata esigenza di controllo, d'altro canto, appare particolarmente importante nella fattispecie alla luce di quanto prevede il Ministero della Salute del 6 ottobre 2022, recante le *“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”*.

Il Decreto in questione, infatti, indica innanzitutto, all’art. 3, le attività attribuite agli enti dei Servizi sanitari regionali e delle province autonome, stabilendo in tale prospettiva che:

- « *In caso di superamento del tetto di spesa regionale o di una provincia autonoma, ai fini della determinazione del fatturato di ciascuna azienda fornitrice, gli enti del Servizio Sanitario regionale o provinciale procedono alla ricognizione delle fatture correlate ai costi iscritti alla voce “BA0210 – Dispositivi medici” del modello CE consuntivo dell’anno di riferimento del superamento del tetto di spesa regionale o provinciale per gli importi contabilizzati alla voce “BA0210”* » (comma 1);
- « *i medesimi enti di cui al comma 1, conseguentemente, calcolano il fatturato annuo di ciascuna azienda fornitrice di dispositivi medici al lordo dell’IVA, come somma degli importi delle fatture riferite ai dispositivi medici contabilizzati nel modello CE alla voce “BA0210 – Dispositivi medici” del modello CE consuntivo dell’anno di riferimento* » (comma 2);
- « *entro e non oltre sessanta giorni dalla data di pubblicazione del decreto ministeriale 6 luglio 2022, i direttori generali, i commissari straordinari aziendali ovvero i commissari liquidatori, ove operanti, degli enti di cui al comma 1, con propria deliberazione, qualora gli enti non vi abbiano ancora provveduto, effettuano la validazione e certificazione del fatturato relativo all’anno di riferimento per singola azienda fornitrice di dispositivi medici, calcolato secondo le disposizioni di cui ai commi 1 e 2; la deliberazione è quindi trasmessa contestualmente alla regione o alla provincia autonoma di appartenenza* » (comma 3);

Il successivo art. 4, rubricato “Attività attribuite alle regioni ed alle province autonome”, stabilisce poi, al comma 1, che « *a seguito di quanto previsto nell’articolo 3, le regioni e le province autonome interessate verificano la coerenza del fatturato complessivo indicato nelle deliberazioni aziendali di cui all’art. 3, comma 3, con quanto contabilizzato nella voce “BA0210 – Dispositivi medici” del modello CE consolidato regionale (999) dell’anno di riferimento* » e, al comma 2, che « *al termine della verifica di cui al comma 1, entro e non oltre novanta giorni dalla data di pubblicazione del decreto*

ministeriale 6 luglio 2022, i direttori generali degli assessorati alla salute delle regioni e delle province autonome, o il commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro dal disavanzo del settore sanitario per le regioni commissariate, con proprio decreto individuano l'elenco delle aziende fornitrici di dispositivi medici ed i relativi importi di ripiano da queste dovuti, calcolati sulla base dell'incidenza percentuale di cui all'articolo 2, comma 2, fino a concorrenza della quota complessiva di ripiano individuata con il decreto 6 luglio 2022 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 15 settembre 2022, serie generale n. 216 ».

Ebbene, dalla lettura delle riportate disposizioni normative appare chiaro come alle Regioni sia stato affidato il compito di condurre **un'istruttoria articolata, complessa e puntuale** prima di giungere all'adozione dei provvedimenti di ripiano.

Nel caso di specie, tuttavia, le aziende destinatarie dei provvedimenti di ripiano non sono in condizioni di verificare se tale istruttoria sia stata effettivamente condotta secondo la citata normativa né quali dati siano stati presi in considerazione durante la stessa né come la Regione sia giunta a calcolare gli importi di ripiano attribuiti alle aziende, che ad oggi sono l'unico elemento noto di tutta questa vicenda.

In assenza di tali elementi, lo scenario dinanzi al quale si trovano le aziende è quello di dover prendere atto di un importo che non si sa da dove derivi, di dover pagare una somma di denaro semplicemente indicata, ma non verificabile né giustificata. Vale, allora, in questo caso quanto è stato affermato in passato dall'Ecc.ma Sezione con riferimento ai primi provvedimenti di ripiano adottati nel contiguo settore della spesa farmaceutica, ossia che, in assenza di questo minimo di informazioni, si finisce *“con l'assegnare in definitiva una sorta di fede privilegiata ... sia al dato complessivo nazionale elaborato [...] sia a quello prodotto dalle singole Regioni, in palese contrasto con il principio di trasparenza dell'azione amministrativa e con il principio che spetta all'amministrazione provare la fondatezza e la veridicità dei fatti sulla cui base ha adottato uno specifico provvedimento”* (TAR Lazio, Sez. III Quater, n. 4538/2015).

Anche sotto questo profilo, pertanto, i provvedimenti impugnati devono essere annullati affinché la Regione resistente provveda nuovamente in materia rendendo noto alle aziende i

dati sulla base dei quali essa ha calcolato le somme richieste alle aziende a titolo di pay back.

3. – Illegittimità dei provvedimenti impugnati con i presenti secondi motivi aggiunti per violazione e falsa applicazione dell'art. 9-ter del d.l. 19 giugno 2015, n. 7, oltre che degli stessi decreti ministeriali di attuazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, violazione del principio dell'esatto accertamento dei fatti su cui occorre provvedere. Eccesso di potere per irragionevolezza.

Fin qui sono state affrontate questioni che, in un certo senso, possono considerarsi di taglio formale procedimentale, per quanto mai come in questa così importante materia è vero che, come talvolta si dice, la forma è sostanza, avendo le carenze formali nelle quali è incorsa l'amministrazione condizionato pesantemente la sostanza dei provvedimenti adottati contenenti le richieste di ripiano.

Passando comunque adesso ai profili di illegittimità di rilievo immediatamente sostanziale, i provvedimenti impugnati sono illegittimi anche in quanto si fondano su calcoli erronei, che hanno condotto le amministrazioni resistenti a quantificare in maniera non corretta gli importi di ripiano dovuti dalla ricorrente, oltre che (e prima ancora) lo stesso ammontare del superamento del tetto di spesa regionale. In quanto si fondano su tali errori, di metodo e materiali, essi sono illegittimi in quanto adottati in violazione e falsa applicazione dell'art. 9-ter del d.l. 19 giugno 2015, n. 7, oltre che degli stessi decreti ministeriali di attuazione, incorrendo altresì in eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, nella violazione del principio dell'esatto accertamento dei fatti su cui occorre provvedere e in eccesso di potere per irragionevolezza.

Tanto la ricorrente afferma in giudizio nella convinzione che siano state prese in considerazione dalle amministrazioni resistenti fatture che non dovevano essere invece conteggiate né in sede di quantificazione dello sfondamento del tetto di spesa regionale né in sede di quantificazione degli importi di ripiano addebitati alla ricorrente: e ciò in quanto riteniamo che siano state prese in considerazione fatture non riguardanti dispositivi medici da contabilizzare nel conto economico regionale CE, come richiesto dalla legge, ovvero non

riguardanti dispositivi medici *tout court*, ovvero ancora fatture riguardanti servizi, che non dovevano essere conteggiati, oppure anche riguardanti servizi, il cui valore doveva essere scorporato dal totale riportato in fattura, come richiesto dalla legge, e riteniamo che non sia stato fatto.

Di tale affermazione giudiziale la ricorrente non può fornire piena prova, allo stato, per quanto sarebbe dovere dell'amministrazione depositare comunque nel presente giudizio tutta la documentazione che essa ha utilizzato al fine di quantificare gli importi di ripiano richiesti all'odierna ricorrente, in virtù di quanto disposto dall'art. 46, comma 2, del c.p.a., secondo cui *"l'amministrazione, nel termine di cui al comma 1 [e dunque nel termine di sessanta giorni dal perfezionamento della notificazione del ricorso] deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio"*.

Per l'ipotesi in cui, nel termine menzionato, ciò non avvenga, si formula fin d'ora, pertanto, **ISTANZA ISTRUTTORIA ai sensi dall'art. 65, comma 3, del c.p.a.**, ai sensi del quale *"ove l'amministrazione non provveda al deposito del provvedimento impugnato e degli altri atti ai sensi dell'art. 46, il presidente o un magistrato da lui delegato ovvero il collegio ordina, anche su istanza di parte, l'esibizione degli atti e dei documenti nei termini e nei modi opportuni"*.

Le fatture che l'amministrazione ha preso in considerazione ai fini della quantificazione del superamento del tetto di spesa regionale e quelle in base alle quali ha calcolato la quota di mercato dell'azienda ricorrente e di conseguenza gli importi di ripiano da essa dovuti rientrano certamente, infatti, tra i *"documenti in base ai quali l'atto è stato emanato"*.

Né si obietti che le fatture in questione, essendo provenienti dalla stessa ricorrente, sono in possesso anche della medesima e non devono quindi essere esibite in giudizio. Una tale affermazione non è vera, infatti, per tre diversi ordini di ragioni.

Non è vero, prima di tutto, che le fatture *"in base alle quali l'atto è stato emanato"* sono tutte in possesso della ricorrente, perché ai fini della quantificazione corretta del superamento o meno tetto di spesa regionale, e del *quantum* di tale superamento, sono rilevanti tutte le fatture che ha a tal fine preso in considerazione l'amministrazione e non solo quelle di cui è in possesso

la ricorrente, perché se il superamento del tetto di spesa è stato quantificato in maniera non corretta in eccesso, il danno lo subiscono tutte le aziende fornitrici di dispositivi medici non solo l'azienda nei confronti della cui fattura è stato commesso l'errore, poiché viene evidentemente quantificato in eccesso l'onere di ripiano al quale ciascuna di esse viene chiamata a concorrere *pro quota*.

Non è vero, inoltre, che il dovere dell'amministrazione di depositare in giudizio gli atti e i documenti sui quali il provvedimento impugnato si fonda venga meno qualora una parte di essi sia già in possesso della controparte. La legge (il c.p.a.) non afferma affatto questo. Il dovere viene esplicitato nell'art. 46, comma 2, in maniera chiara e non condizionata in alcun modo. L'amministrazione deve depositare in giudizio tutti questi documenti, senza se e senza ma. Punto.

Non è vero, infine, che quanto è già in possesso della ricorrente sia sufficiente per poter dimostrare la fondatezza della censura di illegittimità che stiamo in questa sede svolgendo. La ricorrente, infatti, è bensì in possesso delle fatture che essa stessa ha emesso ma non sa, fino a quando l'amministrazione non ce lo dice, quali di queste è stata presa in considerazione dalla medesima ai fini della quantificazione del pay back da essa dovuto (e, come detto, prima ancora del superamento del tetto di spesa regionale).

Il dovere di cui all'art. 46, comma 2, c.p.a. deve dunque essere necessariamente adempiuto.

5. – Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione dell'art. 9, comma 1 bis, del d.l. n. 34/2023 in tema di scorporo dell'IVA dalle richieste di pay back.

Il nuovo provvedimento adottato dalla Regione Emilia Romagna presenta un ulteriore profilo di illegittimità, nella parte in cui si è posto in violazione di quanto ha stabilito sul punto l'art. 9 del d.l. n. 34/2023 in ordine alla necessità di scorporare l'IVA dal pay back che la Regione assume come dovuto.

Tale norma di legge ha stabilito, infatti, che:

“1. In relazione ai versamenti effettuati dalle aziende fornitrici di dispositivi medici, ai fini del contenimento della spesa per dispositivi medici a carico del Servizio sanitario nazionale, considerato che

i tetti regionali e nazionale sono calcolati al lordo dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), i commi 2 e 5 dell'articolo 26 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, si interpretano nel senso che per i versamenti effettuati ai sensi dell'articolo 9-ter, commi 8, 9 e 9-bis, del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, ai fini del ripiano dello sfioramento dei tetti della spesa per dispositivi medici, le aziende fornitrici di dispositivi medici possono portare in detrazione l'IVA determinata scorporando la medesima, secondo le modalità indicate dall'articolo 27 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, dall'ammontare dei versamenti effettuati.

1-bis. Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sono tenute a comunicare alle aziende fornitrici di dispositivi medici l'ammontare dell'IVA sull'importo oggetto di versamento, computando l'IVA sulla base delle fatture emesse dalle stesse aziende nei confronti del Servizio sanitario nazionale e considerando le diverse aliquote dell'IVA applicabili ai beni acquistati."

La norma è stata dettata per rimediare ad una chiara illegittimità propria dei provvedimenti regionali con i quali erano stati chiesti per la prima volta, tra la fine del 2022 e l'inizio del 2023 pay back alle aziende fornitrici di dispositivi medici.

I pay back in questione, infatti, erano stati e sono stati richiesti al lordo dell'IVA il che, evidentemente, era incompatibile con l'ordinamento dell'Unione europea e con il principio della neutralità dell'IVA ivi affermato nella Direttiva n. 2006/112/CE, come del resto anche in quello nazionale.

Ai sensi dell'articolo 9-ter D.L. n. 78/2015, infatti, il superamento da parte delle Regioni del tetto massimo di spesa per i dispositivi medici era stato determinato sulla base dei costi da queste ultime sostenuti per il relativo acquisto "al lordo dell'IVA". Considerato però il fatto che le Regioni acquistano i dispositivi medici in qualità di consumatori finali, il costo da esse sostenuto è correttamente comprensivo anche dell'IVA con la conseguenza che tale valore avrebbe dovuto essere scorporato dalle cifre richieste alle aziende in sede di pay back poiché il soggetto effettivamente gravato dall'imposta deve rimanere la Regione, consumatore finale, e non l'azienda fornitrice. Il legislatore se n'è accorto e con il decreto legge n. 34/2023 è intervenuto per correggere l'errore, stabilendo all'art. 9, appunto, che le aziende fornitrici di

dispositivi medici, nel momento in cui effettuano i pagamenti relativi al pay back, possono portare in detrazione l'IVA determinata scorporando la medesima, secondo le modalità indicate dall'articolo 27 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, dall'ammontare dei versamenti effettuati.

Senonché, stabilisce il comma 1 bis del citato art. 9 del d.l. n. 34/2023 che *“le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sono tenute a comunicare alle aziende fornitrici di dispositivi medici l'ammontare dell'IVA sull'importo oggetto di versamento, computando l'IVA sulla base delle fatture emesse dalle stesse aziende nei confronti del Servizio sanitario nazionale e considerando le diverse aliquote dell'IVA applicabili ai beni acquistati”*: cosa che non è però affatto avvenuta.

La Regione Emilia Romagna non l'ha fatto, incorrendo pertanto in un chiaro vizio di violazione di tale disposizione di legge.

* * *

Rilevata nei termini che precedono l'illegittimità propria dei provvedimenti impugnati con i presenti motivi aggiunti, si censurano gli stessi anche per le ragioni di illegittimità derivata che li affliggono a causa dell'illegittimità dei provvedimenti nazionali che ne costituiscono il necessario presupposto.

Non vengono riproposte in questa sede, invece, le censure di illegittimità derivata che nei primi motivi aggiunti erano state svolte per ragioni legate all'incostituzionalità della normativa di legge istitutiva del pay back, che sono state ritenute non fondate dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 140 del 22 luglio del 2024.

6. – Illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati per il contrasto delle disposizioni di cui all'art. 17, comma 1, lett. c) del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, dell'art. 1, comma 131, lettera b), della legge 24 dicembre 2012, n. 228, dell'art. 9-ter, commi 1, lett. b), 8, 9 e 9-bis, del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, con l'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla CEDU, norma parametro interposta, e con gli artt. 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Il sistema legislativo che si fonda sulla fissazione di un tetto di spesa gravemente e stabilmente inadeguato e sul ripiano a carico delle aziende private operanti nel settore del 50% del relativo

sfondamento si pone in contrasto anche con il Primo Protocollo addizionale alla CEDU, integrando in tal modo una violazione del diritto eurounitario, con riferimento anche con gli art. 16 e 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, con conseguente necessità di sua disapplicazione da parte del giudice nazionale ovvero di rimessione della relativa questione di compatibilità, in via pregiudiziale, dinanzi alla Corte di Giustizia europea.

Dal primo punto di vista, in effetti, rammentiamo che il Primo Protocollo addizionale alla CEDU stabilisce al suo art. 1, dettato in tema di *Protezione della proprietà*, che “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali di diritto internazionale”.

Il meccanismo del *pay back* si sostanzia, infatti, in un prelievo patrimoniale coattivo di una parte delle somme che le imprese che commercializzano dispositivi medici percepiscono dalla vendita di tali prodotti alle strutture del SSN e siamo quindi sicuramente in presenza di una misura che, in quanto tale, rappresenta una “interferenza” (“*interference*”) con il pacifico godimento del diritto di proprietà (“*possession*”) tutelato dall’art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU.

Si applicano dunque i principi individuati in materia nella giurisprudenza della Corte E.D.U., e primo fra tutti quello di *eguaglianza e non discriminazione*, traendosi dalla medesima la costante e sicura affermazione della massima secondo cui l’ampia discrezionalità di cui godono i legislatori degli Stati contraenti “*nell’ambito della legislazione sociale ed economica, ivi inclusa la materia della tassazione come strumento di politica generale*” non può mai trascendere nell’arbitrio e consentire discriminazioni tra operatori economici. Cosa che invece avviene nella misura in cui, come abbiamo visto, il legislatore italiano, nel chiamare le aziende a concorrere al ripiano dello sfondamento del tetto di spesa da questo stabilito per l’acquisto dei dispositivi medici, lo ha fatto prendendo in considerazione non i guadagni netti conseguiti detratte le spese, ma i ricavi, ossia il fatturato generato dalle singole aziende; e lo ha fatto nella maniera sproporzionata e irragionevole, anche nella quantificazione, di cui sopra.

Su analoghe posizioni si colloca del resto, anche la giurisprudenza della CGUE in sede di interpretazione degli artt. 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Stabilisce, in effetti, la prima delle citate disposizioni che *“è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”*; e prevede poi la seconda, rubricata *“Portata dei diritti garantiti”*, che *“eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti o le libertà altrui”*.

Ebbene, in base alla consolidata giurisprudenza della CGUE, si deve ritenere che gli artt. 16 e 52 della Carta di Nizza, ancorché non attribuiscano carattere assoluto alla libertà di impresa, soggetta *“ad un ampio ventaglio di interventi dei poteri pubblici suscettibili di stabilire, nell'interesse generale, limiti all'esercizio dell'attività economica”*, impongono che qualsiasi sua limitazione avvenga nel rispetto del principio di proporzionalità, che sia necessaria e risponda effettivamente a finalità di interesse generale (CGUE, 22 gennaio 2013, c-283/11).

Nel caso di specie, come si è ampiamente detto, la disciplina normativa dettata dall'art. 17, comma 1, lett. c) del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, dall'art. 1, comma 131, lettera b), della legge 24 dicembre 2012, n. 228, e dall'art. 9-ter, commi 1, lett. b), 8, 9 e 9-bis, del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, risulta invece per i motivi che abbiamo testé rammentato – che qui si intendono espressamente richiamati – contraria al principio di proporzionalità, sacrificando oltre misura e in modo irragionevole gli operatori economici attivi nel settore dei dispositivi medici.

Da tale non conformità del sistema del *pay back* con l'ordinamento eurounitario discende la necessità, da parte di codesto Collegio, di disapplicare la normativa nazionale sopra richiamata per i profili sub 4.2 e 4.3. e di procedere al conseguente annullamento/disapplicazione dei provvedimenti impugnati. Deve, infatti, ritenersi ormai acquisito che *“la piena applicazione del principio di primauté del diritto eurounitario comporta che, laddove una norma interna (anche di rango regolamentare) risulti in contrasto con tale diritto, e laddove non risulti possibile un'interpretazione di carattere conformativo, resta comunque preclusa al Giudice*

nazionale la possibilità di fare applicazione di tale norma interna” (Cons. St., Ad. Pl., 25 giugno 2018, n. 9).

In ogni caso, ove ritenuto necessario, si domanda in via subordinata a codesto ill.mo Collegio di voler esperire rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 del TFUE, affinché la stessa si pronunci sul seguente quesito: *“Dica codesta Ecc.ma Corte di Giustizia se i generali principi di proporzionalità, uguaglianza, parità di trattamento e non discriminazione, nonché il principio di libertà di stabilimento da un lato, e gli artt. 16 e 52 della Carta di Nizza e art 36 del TFUE, dall’altro, ostino ad una normativa nazionale, come quella delineata dall’art. 17, comma 1, lett. c) del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, dall’art. 1, comma 131, lettera b), della legge 24 dicembre 2012, n. 228, e dall’art. 9-ter, commi 1, lett. b), 8, 9 e 9-bis, del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, che: (i) da un lato, impone alle aziende che commercializzano dispositivi medici di concorrere al ripianamento dello sfondamento di un tetto di spesa che è stato fissato in una misura tale da risultare costantemente insufficiente, che non è ancorato alla realtà dei consumi e che non prevede criteri di tipo prospettico in grado di tenere conto del relativo andamento; (ii) dall’altro, individuando nel superamento dei tetti di spesa regionale (e non già di quello nazionale) il parametro da assumere a riferimento per il calcolo delle somme eventualmente dovute dalle aziende a titolo di payback, finisce per creare una discriminazione tra imprese appartenenti al medesimo settore che operano solo o prevalentemente in alcune regioni rispetto ad altre; (iii) in ogni caso, gravando solo sulle aziende che commercializzano dispositivi medici, penalizza queste ultime rispetto alle imprese che commercializzano “altri beni e prodotti sanitari”, nonché a quelle che si occupano di servizi sanitari, le quali parimenti partecipano alla spesa complessivamente sostenuta dallo Stato per assicurare l’assistenza sanitaria alla popolazione”; (iv) inoltre, gravando le imprese del settore dispositivi medici di un onere comune (pay back) che non tiene minimamente conto della diversità dei segmenti di mercato rappresentati, (v) senza tener conto delle procedure pubbliche di approvvigionamento e (vi) traducendosi in un disincentivo per le aziende fornitrici a vendere in Italia i propri dispositivi medici, in ragione dei maggiori oneri su di esse gravanti in tale Stato membro rispetto agli altri, originati dall’obbligo di ripiano, peraltro non quantificabili preventivamente e ascrivibili al comportamento non virtuoso degli Enti Locali dello stesso Stato membro (Italia)”.*

7. – Illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati per l'illegittimità dell'Accordo rep. atti n. 181/CSR del 7 novembre 2019 con il quale sono stati stabiliti tetti di spesa regionali per gli anni 2015-2016-2017 e 2018 per violazione dell'art. 17, comma 1, lett. c) del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 nonché del comma 1, lett. b), dell'art. 9 ter del d.l. n. 78/2015. Violazione del principio del legittimo affidamento, della certezza del diritto, dei limiti alla fissazione retroattiva dei tetti di spesa, del principio di buona fede. Eccesso di potere per irragionevolezza e difetto dei necessari presupposti. Consumazione del potere.

Gli atti impugnati sono illegittimità in via derivata anche per l'illegittimità degli atti amministrativi di livello nazionale che assumono a loro presupposto. L'art. 17, comma 1, lett. c), del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, nel prevedere che "la spesa sostenuta dal Servizio sanitario nazionale per l'acquisto di dispositivi medici [...] è fissata entro un tetto a livello nazionale e a livello di ogni singola regione", ha infatti richiesto alla Conferenza Stato-Regioni, competente alla definizione del secondo valore, di distinguere tra regione e regione nell'individuazione dei tetti di spesa più appropriati per ciascuna di esse.

Con l'Accordo sottoscritto in data 7 novembre 2019, invece, essa ha individuato i tetti di spesa regionali nel 4,4 % del fabbisogno sanitario standard (e quindi al medesimo livello già scelto dal legislatore per il tetti di spesa nazionale) senza distinguere tra regioni e regioni, dimostrando in tal modo di non aver compreso che la norma aveva previsto un duplice tetto di spesa proprio per dar modo agli organi dell'esecuzione di differenziare accuratamente tra le situazioni in relazione, probabilmente per "pesare" la diversità delle Regioni in relazione, soprattutto, all'offerta del privato accreditato. Non aver distinto alcunché si pone, dunque, in contrasto con la *ratio* della norma, che risulta essere stata conseguentemente violata.

Il medesimo Accordo, inoltre, ha definito i tetti di spesa in maniera retroattiva e in violazione del preciso termine, quello del 15 settembre 2015, entro il quale ciò sarebbe dovuto avvenire. Ancora una volta il fine – riteniamo imprescindibile – per il quale la norma aveva stabilito la predetta data, ed un aggiornamento dei medesimi con cadenza almeno biennale, era chiarissimo: i tetti di spesa dovevano essere stabiliti prima che terminasse l'anno di riferimento, per operare poi anche negli anni successivi, in quanto essi dovevano svolgere

quella funzione fondamentale alla quale alludevamo anche nel confronto con i company budget annuali assegnati alle aziende farmaceutiche dalle norme che disciplinano quel pay back, ossia fornire alle aziende operanti nel settore un quadro che consentisse loro di poter orientare la propria azione imprenditoriale in un contesto, se non di certezza giuridica, quanto meno di prevedibilità.

La fissazione dei tetti di spesa per l'acquisto di dispositivi medici riferiti agli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 avvenuta in via retroattiva **in data 7 novembre 2019, con oltre quattro anni di ritardo rispetto alla tempistica dettata dal legislatore**, è dunque radicalmente illegittima. La norma attributiva del potere precludeva, infatti, che ciò potesse avvenire in via retroattiva poiché la sua ragion d'essere va a perdere, in questo modo, completamente senso. Un tetto di spesa individuato quando gli anni ai quali questo avrebbe dovuto applicarsi sono ormai passati non ha senso: infatti, nel farmaceutico, questo viene quanto meno individuato prima e stabilmente per legge.

Come se non bastasse, alla sottoscrizione del suddetto accordo è seguita un'ulteriore lunga fase di stallo, protrattasi per altri tre anni ed interrottasi solo di recente, allorquando con l'art. 18 del d.l. 9 agosto 2022, n. 115 (c.d. decreto aiuti *bis*), è stato dato concretamente avvio al procedimento volto ad ottenere il ripiano dello sfondamento del tetto di spesa previsto per gli acquisti di dispositivi medici per gli anni che vanno dal 2015 al 2018.

La **tardiva e retroattiva individuazione dei tetti di spesa regionali** così operata vizia, pertanto, in radice l'intero procedimento di ripiano cui sono stati assoggettati i dispositivi sotto numerosi profili. Non solo, infatti, si riscontra la palese violazione del disposto dell'art. 9 *ter* del d.l. n. 78/2015, nella lettera e nella ragion d'essere che ne imponeva la fissazione entro il termine del 15 settembre 2015 ma, soprattutto, vengono violati anche i più elementari principi di buona amministrazione, l'affidamento riposto dagli operatori sulla stabilità dei contratti sottoscritti sulla cui base sono avvenute le forniture e l'esigenza che questi possano programmare le proprie attività sulla base di un quadro normativo già conosciuto e definito fin dalla fase iniziale dell'esercizio di riferimento, la quale parimenti riposa sul fondamentale principio di certezza dei rapporti giuridici, considerato dalla Corte costituzionale addirittura

come un valore fondante dello Stato di diritto.

* * *

Per i motivi sopra esposti, si conclude per l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti, eventualmente previa rimessione della questione pregiudiziale di compatibilità con le fonti del diritto eurounitario come meglio descritto all'interno del ricorso.

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

Ai sensi dell'art. 13 del D.P.R. 115/2002 e s.m.i. si dichiara che il contributo unificato dovuto è pari ad €. 650,00.

Roma, 25 marzo 2025

Avv. Prof. Diego Vaiano