

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO
DI ROMA
RICORSO

Proposto da:

SAVIR DI LONGHI SERGIO & C S.A.S. in concordato preventivo con sede legale in Guidizzolo (MN) Via G. Galilei n. 22 (C.F. e P. IVA: 01291370201), in persona del socio accomandatario e legale rappresentante Sig. Sergio Longhi, assistito e difeso dagli Avv.ti Andrea Coronin (C.F. CRNNDR64B01E512R), Davide Chieffo (C.F. CHFDVD70H13L781P) e Federico Oliosì (C.F. LSOFR67P13G489V) di Verona con domicilio eletto, ex art. 25 C.P.A., presso l'indirizzo digitale PEC sottoindicato giusta procura alle liti rilasciata su foglio separato notificata unitamente al presente atto.

Si dichiara di voler ricevere le successive comunicazioni ai seguenti recapiti: PEC: andrea.coronin@pec.sicon.it, fax 0458006222

contro:

REGIONE AUTONOMA FRIULI-VENEZIA GIULIA (C.F. 80014930327) in persona del Presidente e legale rappresentante in carica;

AZIENDA SANITARIA UNIVERSITARIA GIULIANO ISONTINA (ASUGI) (C.F. 01337320327) in persona del legale rappresentante in carica;

AZIENDA SANITARIA UNIVERSITARIA FRIULI CENTRALE

(ASUFC) (C.F. 02985660303) in persona del legale rappresentante in carica;

AZIENDA SANITARIA FRIULI OCCIDENTALE (ASFO) (C.F. 01772890933) in persona del legale rappresentante in carica;

I.R.C.C.S. CENTRO DI RIFERIMENTO ONCOLOGICO DI AVIANO (CRO), (C.F. 00623340932) in persona del legale rappresentante in carica;

I.R.C.C.S. BURLO GAROFOLO DI TRIESTE (BURLO), (C.F. 00124430323) in persona del legale rappresentante in carica;

AZIENDA REGIONALE DI COORDINAMENTO PER LA SALUTE (ARCS), (C.F. 02948180308) in persona del legale rappresentante in carica;

MINISTERO DELLA SALUTE (C.F.80242250589), in persona del Ministro e legale rappresentante in carica;

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE (C.F.80415740580), in persona del Ministro e legale rappresentante in carica;

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (C.F. 80188230587), in persona del Presidente e legale rappresentante in carica;

CONFERENZA PERMANENTE PER I RAPPORTI TRA LO STATO, LE REGIONI E LE PROVINCE AUTONOME DI TRENTO E DI BOLZANO (C.F. 80188230587), in persona del legale rappresentante in carica

e nei confronti di:

TEMA RICERCA S.R.L. (C.F. 03898780378), in persona del legale rappresentante in carica

Per ottenere

l'annullamento dei seguenti atti:

Decreto del Direttore Centrale della Direzione centrale salute, politiche sociali e disabilità della Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia 14/12/2022, n. 29985/GRFVG, con il quale sono stati definiti *"gli elenchi delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggetti al ripiano per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017, 2018 ai sensi dell'articolo 9 ter comma 9 bis del d.l. 78/2015"* e del relativo allegato A;

degli atti e delle note degli Enti della Regione e di quelli del Servizio Sanitario Regionale presupposti al predetto atto e indicati nel medesimo;

Decreto del Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell'Economia e Finanze del 6.07.2022, pubblicato in G.U.R.I in data 15.09.2022, 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"* e delle tabelle allegate che costituiscono parte integrante e sostanziale del citato Decreto;

Decreto del Ministero della Salute del 6.10.2022, pubblicato in G.U.R.I. del 26.10.2022, avente ad oggetto *"Adozione delle linee guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del tetto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018"*;

di ogni altro provvedimento comunque presupposto, connesso e/o

conseguenziale, ivi inclusi, ove occorrer possa, l'“accordo, ai sensi dell'art. 9-ter del decreto legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito con modificazione dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano sulla proposta del Ministero della Salute di individuazione dei criteri di definizione del tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici e di modalità di ripiano per gli anni 2015-2016-2018-2018”, rep. Atti n. 181/CSR, adottato in data 7.11.2019 dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, l'intesa della Conferenza delle regioni e delle province autonome del 14.09.2022, nonché l'intesa sancita dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, regioni e le province autonome di Trento e Bolzano nella seduta del 28.09.2022; eventualmente previa rimessione alla Corte Costituzionale per la dichiarazione dell'illegittimità dell'art. 18 del Decreto Legge del 9 agosto 2022 n. 115, convertito, con modificazioni, dalla Legge 21 settembre 2022, n. 142 e dell'art. 9 ter, comma 8, 9 e 9 bis del Decreto Legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito con modificazioni dalla Legge 6 agosto 2015, n. 125 in relazione agli artt. art. 2, 3, 23, 32, 41, 42, 53, 77, 97 della Costituzione; e/o previa rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione pregiudiziale relativa alla conformità del medesimo art. 18 del D.L. 115/2022 e dell'art. 9 ter, comma 8, 9 e 9 bis del D.L. 78/2015 con la Direttiva 2014/24/UE, con l'art. 2 del protocollo addizionale alla

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), artt. 28, 30, 34, 36, 49, 168, 169 del TFUE; nonché con gli artt. 16 e 52 della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 del protocollo 1 alla CEDU; di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto e/o connesso e/o consequenziale a quelli su indicati, ancorché non noto negli estremi e nel contenuto

FATTO

Savir di Longhi & C. s.a.s. (nel prosieguo Savir) è azienda che opera dal 1982 nel settore della fornitura di dispositivi medici anche ad enti del servizio sanitario pubblico mediante:

i) la produzione, la locazione ed il commercio di prodotti, articoli, strumenti ed apparecchi sanitari, ortopedici, chirurgici e medicali nonché di ogni altra attrezzatura, compresi mobili e arredi, per il servizio ospedaliero,

ii) la produzione, la confezione, il commercio ed il noleggio di indumenti da lavoro ed altro abbigliamento esterno, in tessuto e tessuto non tessuto (T.N.T.), compresi articoli di vestiario protettivi di sicurezza.

In particolare Savir si occupa(va) di della produzione di kit chirurgici in T.N.T. e pacchi procedurali sterili e la loro fornitura in tempo reale (c.d. "just-in time") ai vari reparti ospedalieri delle Aziende Sanitarie clienti, garantendo a queste ultime la costante disponibilità dei prodotti di cui, di volta in volta, i detti reparti e le relative sale operatorie - necessitavano per il loro quotidiano fun-

zionamento.

La clientela della società era costituita, per l'assoluta maggioranza, da Aziende Sanitarie ed Ospedaliere pubbliche, ubicate perlopiù nell'Italia settentrionale.

Savir ha fatto ciò anche nei confronti delle Aziende Sanitarie del Friuli Venezia Giulia, **in forza di contratti conseguenti a procedure di evidenza pubblica** che sancivano a suo carico dei precisi obblighi di fornire quanto veniva richiesto e le davano diritto di percepire i corrispettivi pattuiti.

E' necessario qui premettere all'esposizione dei fatti più strettamente relativi agli atti oggetto di impugnativa quale sia la situazione aziendale di Savir per spiegare la portata esiziale rispetto alla sopravvivenza stessa dell'Azienda che cagionerebbero gli atti qui censurati (unitamente a quelli relativi ad altre regioni e province autonome).

Savir infatti è assoggettata a procedura di concordato preventivo omologato con il decreto emesso dal Tribunale di Mantova il 20.09.2018 pubblicato il 26.09.2018.

La proposta concordataria, così come indicato nel decreto di omologa, prevede poi pagamenti:

- nella misura del 100% dei crediti prededucibili e dei crediti privilegiati, nonché;
- il pagamento dei creditori chirografari suddivisi in cinque classi come segue, entro sessanta mesi dall'omologa:

Classe I: Fornitori strategici e crediti contributivi ed erariali sforni-

ti di privilegio, con previsione di soddisfazione al 27%;

Classe II: Crediti per Iva di rivalsa declassati al chirografo, con previsione di soddisfazione al 26%;

Classe III: Crediti di soggetti diversi da quelli inseriti nelle classi I, II e IV (e così diversi sia dai fornitori strategici, sia dalle Banche assistite da garanzie reali o personali di terzi, sia dai titolari di crediti contributivi ed erariali sforniti di privilegio, sia dai titolari di crediti per Iva di rivalsa collocati al chirografo), con previsione di soddisfazione al 26%;

Classe IV: Banche assistite da garanzie reali o personali di terzi, con previsione di soddisfazione al 25%;

Classe V: Sacrificio finanziario;

Ciò detto, con gli atti qui impugnati è stato intimato a Savir il pagamento di ingentissime somme che non solo non sono previste dal piano omologato, ma non erano neppure prevedibili al momento in cui detto piano fu redatto e approvato.

Va altresì evidenziato ed allegato che Savir ha sin qui regolarmente adempiuto a tutte le obbligazioni derivantile dalla proposta concordataria omologata.

Ciò nonostante, ove mai tali somme fossero ritenute dovute, Savir non sarebbe più in grado di dare esecuzione ai pagamenti ancora previsti dal piano omologato (e, in specie, quelli dei crediti privilegiati tributari di grado 18°, 19° e 20°, nonché tutti i crediti chirografari), difettando degli attivi necessari a farvi fronte, trattandosi di ingenti esborsi del tutto imprevisi e imprevedibili, con azze-

ramento del soddisfo previsto per i creditori chirografari e drastica falcidia di quelli privilegiati e conseguente inadempimento alle obbligazioni concordatarie.

Gli atti impugnati, a partire dal Decreto del Direttore Centrale della Direzione centrale salute, politiche sociali e disabilità, n. 29985/GRFVG (che ha dato concretezza alla lesione delle posizioni soggettive di Savir) risalendo a quelli in epigrafe individuati che ne sono i presupposti, costituiscono applicazione del c.d. "pay back" cioè del meccanismo di ripiano a carico degli operatori/fornitori di dispositivi medici frutto di interventi normativi volti al contenimento della spesa pubblica, anche attraverso la previsione di un unilaterale meccanismo di rinegoziazione del contenuto dei contratti con gli appaltatori e, data la fissazione di un tetto massimo consentito a livello nazionale e regionale, da ultimo, in caso di superamento dei tetti di spesa, il suo parziale addebito in capo a chi altro non aveva fatto che eseguire gli obblighi contrattuali che gli incombevano, obblighi che, per giunta, erano stati assunti ben prima dell'introduzione del c.d. "pay back"..

A seguire l'exkursus delle norme che vengono in rilievo:

l'art. 17, comma 1, lett. c) del d.l. 6/7/2011, n. 98 (convertito con legge n. 111/2011) ha stabilito che, *"ai fini di controllo e razionalizzazione della spesa sostenuta direttamente dal Servizio sanitario nazionale per l'acquisto di dispositivi medici, ... a decorrere dal 1° gennaio 2013 la spesa sostenuta dal Servizio sanitario nazionale per l'acquisto di detti dispositivi, tenuto conto dei dati riportati nei modelli di conto economico (CE),*

compresa la spesa relativa all'assistenza protesica, è fissata entro un tetto a livello nazionale e a livello di ogni singola regione, riferito rispettivamente al fabbisogno sanitario nazionale standard e al fabbisogno sanitario regionale standard di cui agli articoli 26 e 27 del decreto legislativo 6 maggio 2011, n. 68";

art. 9-ter del d.l. n. 78/2015 (convertito con legge n. 125/2015), ha previsto al comma 1 lett b) che "al fine di garantire, in ciascuna regione, il rispetto del tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici fissato, coerentemente con la composizione pubblico-privata dell'offerta, con accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, da adottare entro il 15 settembre 2015 e da aggiornare con cadenza biennale, fermo restando il tetto di spesa nazionale fissato al 4,4 per cento, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti a proporre ai fornitori di dispositivi medici una rinegoziazione dei contratti in essere che abbia l'effetto di ridurre i prezzi unitari di fornitura e/o i volumi di acquisto, rispetto a quelli contenuti nei contratti in essere, senza che ciò comporti modifica della durata del contratto stesso",

il comma 4 della medesima disposizione specifica: "Nell'ipotesi di mancato accordo con i fornitori, nei casi di cui al comma 1, lettere a) e b), entro il termine di trenta giorni dalla trasmissione della proposta in ordine ai prezzi o ai volumi come individuati ai sensi del comma 1, gli enti del Servizio sanitario nazionale hanno diritto di recedere dal contratto, in deroga all'articolo 1671 del codice civile, senza alcun onere a carico degli stessi. E' fatta salva la facoltà del fornitore di recedere dal contratto entro

trenta giorni dalla comunicazione della manifestazione di volontà di operare la riduzione, senza alcuna penalità da recesso verso l'amministrazione. Il recesso è comunicato all'amministrazione e ha effetto decorso trenta giorni dal ricevimento della relativa comunicazione da parte di quest'ultima";

prosegue l'art. 9 ter ai commi 8 e 9: "Il superamento del tetto di spesa a livello nazionale e regionale di cui al comma 1, lettera b), per l'acquisto di dispositivi medici, rilevato sulla base del fatturato di ciascuna azienda al lordo dell'IVA è dichiarato con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, entro il 30 settembre di ogni anno. La rilevazione per l'anno 2019 è effettuata entro il 31 luglio 2020 e, per gli anni successivi, entro il 30 aprile dell'anno seguente a quello di riferimento, sulla base dei dati risultanti dalla fatturazione elettronica, relativi all'anno solare di riferimento. Nell'esecuzione dei contratti, anche in essere, è fatto obbligo di indicare nella fatturazione elettronica in modo separato il costo del bene e il costo del servizio.

L'eventuale superamento del tetto di spesa regionale di cui al comma 8, come certificato dal decreto ministeriale ivi previsto, è posto a carico delle aziende fornitrici di dispositivi medici per una quota complessiva pari al 40 per cento nell'anno 2015, al 45 per cento nell'anno 2016 e al 50 per cento a decorrere dall'anno 2017. Ciascuna azienda fornitrice concorre alle predette quote di ripiano in misura pari all'incidenza percentuale del proprio fatturato sul totale della spesa per l'acquisto di dispositivi medici a carico del Servizio sanitario regionale. Le modalità procedurali del ripiano sono definite, su proposta del Ministero della salute, con apposito

accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano"

Cioè si prevede la fissazione di tetti di spesa per la fornitura di dispositivi medici da parte delle singole regioni/province autonome cui DEVE conseguire una proposta di rinegoziazione dei contratti e infine, ove detto tetto risulti comunque essere stato superato (su declaratoria ministeriale da effettuarsi annualmente sulla base dei fatturati a bilancio per tali acquisti al lordo dell'IVA) è stato previsto un meccanismo in base al quale le imprese fornitrici di dispositivi medici sono chiamate (perché mai???) a concorrere al ripiano del medesimo sforamento, in proporzione all'incidenza del fatturato di ciascuna di esse sul totale della spesa regionale.

Il suddetto tetto di spesa regionale avrebbe dovuto essere indicato per ciascuna Regione e Provincia Autonoma con un accordo in sede di Conferenza Stato-Regioni "*da adottare entro il 15 settembre 2015 e da aggiornare con cadenza biennale*" (così detta l'art. 9-ter, comma 1, lett. b, d.l. n. 78/2015).

Questo, che non si esita a definire un meccanismo "perverso" che lascia le conseguenze pregiudizievoli in capo a soggetti che nulla hanno a che vedere con i meccanismi decisionali dei suoi presupposti, è rimasto inattuato per diversi anni per ritardi ed inerzie unicamente delle parti pubbliche.

E' stato infine retroattivamente concretizzato per le annualità dal 2015 al 2018 soltanto il 7/11/2019 con l'accordo in sede di Conferenza Stato-Regioni Rep. atti n. 181/CSR , il quale ha peraltro sancito

un tetto massimo in maniera generalizzata su tutto il territorio nazionale al 4,4% dei fabbisogni sanitari regionali standard di ciascuna Regione e Provincia Autonoma (art. 2, comma 2).

Con il che non sono stati rispettati i termini ex art. 9-ter, comma 1, lett. b, d.l. n. 78/2015 e neppure la sua differenziazione su base regionale.

Nel precitato accordo all'art. 3 è stato espressamente specificato che l'eventuale superamento dei tetti di spesa doveva essere certificato con decreto del Ministro della Salute, adottato di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, *"con riferimento ai dati di costo rilevati a consuntivo per ciascuno dei predetti anni e risultanti dal modello CE consolidato regionale nella voce BA0210 – Dispositivi medici del modello di rilevazione del conto economico"*.

Anche dopo questa già tardiva determinazione del tetto di spesa, per anni il Ministero non ha poi provveduto a verificare e dichiarare il suo eventuale sforamento.

Ciò è infine avvenuto con decreto in data 6/7/2022 del Ministro della Salute di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, che ha dichiarato ex post – per pressoché tutte le Regioni e Province Autonome – il superamento del relativo limite di spesa per i dispositivi medici nelle annualità dal 2015 al 2018, indicando altresì la quota di ripiano prevista per ogni Regione e Provincia Autonoma.

Successivamente, l'art. 18, comma 1, del d.l. 9/8/2022, n. 115 (convertito con modificazione dalla legge 21/9/2022, n. 142) ha introdotto

to il comma 9-bis all'art. 9-ter, d.l. n. 78/2015 che ha previsto – sempre limitatamente alle annualità 2015-2018 – una modalità procedurale semplificata per il ripiano dell'eventuale superamento del tetto di spesa, mediante l'attribuzione in via diretta alle Regioni e alle Province Autonome della competenza a definire con proprio provvedimento "*l'elenco delle aziende fornitrici soggette al ripiano per ciascun anno*", sulla base di apposite Linee guida ministeriali.

Le Linee guida ministeriali sono state emanate con il decreto del Ministero della Salute 6/10/2022, il quale ha delineato il procedimento di ripiano dei costi stabilendo che:

- in caso di superamento del tetto di spesa regionale, ciascun Ente del Sistema Sanitario delle Regioni e delle Province Autonome provvedesse alla ricognizione dei costi connessi ai dispositivi medici e alla trasmissione degli stessi alla Regione o alla Provincia Autonoma (art. 3);
- dopodiché, i Direttori Generali degli Assessorati Regionali o Provinciali alla Sanità avrebbero individuato, con proprio provvedimento, le Società tenute al ripiano e le somme dovute da ciascuna di esse, calcolate ai sensi del menzionato art. 9-ter, comma 8 (art. 4).

In esecuzione delle Linee guida la Regione Friuli Venezia Giulia ha provveduto a determinare la quantificazione in concreto degli oneri di ripiano dovuti da Savir, in misura pari all'incidenza percentuale del relativo fatturato sul totale della spesa per l'acquisto di dispositivi medici a carico del proprio Sistema Sanitario.

E' stato solo così che Savir ha potuto per la prima volta verificare gli importi che le vengono addebitati e, quindi, ha avuto il concretizzarsi della lesione della propria posizione giuridica e, quindi, della sussistenza di un interesse ad agire caratterizzato dai requisiti della personalità, concretezza e attualità.

Nello specifico il provvedimento dirigenziale 29985/GRFVG/22 pone a carico di Savir la ingentissima somma di € 845.201,50= (anno 2015: 429.033,14, anno 2016: 402.077,90; ano 2017: 13.922,00; anno 2018;_168,55).

Le forniture effettuate da Savir in quegli anni sono state relative a dispositivi mobilizer, pacchi procedurali in TNT, materiale per anestesia e rianimazione nonché per oculistica e sono accomunate da due elementi che hanno rilievo di fini della presente impugnativa:

- Comprendevano una quota parte di servizi collaterali e conseguenti alla mera fornitura (gestione magazzini e scorte)
- Alcuni dei dispositivi forniti necessitavano di interventi di manutenzione/riparazione

Queste voci non si sa se siano state scorporate nei conteggi effettuati, senza alcun contraddittorio con il destinatario finale del procedimento, negli uffici delle amministrazioni pubbliche coinvolte visto che il "diabolico" meccanismo del Pay back è limitato alla SOLA "fornitura di dispositivi medici" ma si ha fondata ragione di escluderlo, quanto meno per forniture c.d. in service, visto che l'obbligo di distinguere nella fatturazione la parte di servizio è stato intro-

dotto solo successivamente ai contratti de qua

Il procedimento e i provvedimenti che ne sono scaturiti sono illegittimi e quale titolare di un evidente interesse qualificato dalla necessità di difesa di propri diritti soggettivi ed interessi legittimi, parte ricorrente richiede l'annullamento degli atti in epigrafe individuati in quanto illegittimi e gravemente lesivi delle proprie posizioni giuridiche per i seguenti

MOTIVI

Preliminarmente: si premette che i motivi di censura rivolti avverso gli atti impugnati sono preceduti dalle censure di incostituzionalità e di contrasto con la disciplina comunitaria delle norme nazionali che li sorreggono.

A) SULL'ILLEGITIMITÀ COSTITUZIONALE PER CONTRASTO CON GLI ARTT. 2, 3, 23, 32, 41, 42, 53, 77, 97 COSTITUZIONE, DELL'ART. 18 DEL DECRETO LEGGE DEL 9 AGOSTO 2022 N. 115, CONVERTITO, CON MODIFICAZIONI, DALLA LEGGE 21 SETTEMBRE 2022, N. 142. E DELL'ART. 9 TER, COMMA 8, 9 E 9 BIS DEL DECRETO LEGGE 19 GIUGNO 2015, N. 78, CONVERTITO CON MODIFICAZIONI DALLA LEGGE 6 AGOSTO 2015, N. 125

Il meccanismo automatico ed indiscriminato introdotto in via retroattiva dal combinato disposto delle disposizioni legislative assoggettate alla presente censura presenta plurimi profili passibili di declaratoria di incostituzionalità in quanto va a scaricare in misura assai rilevante su soggetti non solo incolpevoli ma del tutto estra-

nei al suo presupposto applicativo erronei o mancati assolvimenti di obblighi incombenti unicamente sulle pubbliche amministrazioni coinvolte sia sub specie di corretta programmazione degli acquisti che di loro controllo in fase di esecuzione.

E ciò, lo si ripete automaticamente ed indiscriminatamente, per il fatto di aver assolto ed adempiuto ad obblighi contrattuali assunti e rispetto ai quali non potevano ne sottrarsi ne prevedere che potessero aver conseguenze retroattive di questo genere (tra l'altro così risalenti).

Savir viene posta nella situazione di veder imposta una decurtazione del prezzo delle forniture effettuate, frutto di procedure di evidenza pubblica che hanno portato alla cristallizzazione della domanda e dell'offerta consacrata dai contratti scaturiti per un dato (il superamento del tetto di spesa) *i*) ad essa non imputabile visto che non può dubitarsi che il complessivo sfioramento del tetto di spesa per i dispositivi medici sia causato da una complessiva, errata programmazione degli acquisti da parte dell'Amministrazione (oltre che alla mancata, tempestiva attivazione del meccanismo di rinegoziazione dei contratti, prescritto dalle norme primarie); *ii*) non preventivabile, non essendo disponibili per il fornitore dati ed elementi che consentissero di prevedere lo sfioramento del tetto di spesa e la doverosità del suo ripiano, non essendo mai stata esplicitata tale eventualità ne negli atti dell'evidenza pubblica ne nel corso di esecuzione dei rapporti.

Da questi dati consegue il contrasto con l'art. 97 Cost. in quanto

comporta una strutturale compromissione della procedura di evidenza pubblica che ha condotto all'aggiudicazione e, di conseguenza, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità previsti nel suddetto articolo, e, prima ancora, del corretto andamento del gioco concorrenziale.

Correlata all'incidenza su rapporti già eseguiti è invece la contrarietà all'art. 41 Cost. del meccanismo de qua visto che sottraendo una parte del corrispettivo pattuito, pur a fronte di forniture già eseguite, viene concretata una grave compromissione della possibilità (recte: diritto) dell'imprenditore di organizzare i fattori di produzione in modo da programmare un'adeguata remuneratività dell'attività stessa, remuneratività sulla quale aveva consolidato un totale legittimo affidamento il cui infrangimento allarga la censura al mancato rispetto dei principi fondamentali ex artt. 2 e 3 della Carta concretando una sorta di "espropriazione retroattiva" di una parte significativa di un prezzo che invece il fornitore ha diritto inviolabile di percepire per l'intero.

La macroscopica incostituzionalità è data altresì dal fatto che la determinazione del tetto di spesa è avvenuta in via retroattiva – in questo caso a distanza di molti anni dall'esecuzione delle forniture e dalla liquidazione del relativo corrispettivo, allorché l'operatore ha già provveduto a liquidare le imposte dovute e a pagare i propri fornitori – e nella totale assenza di elementi oggettivi utili per poter determinare in anticipo e/o prevedere l'eventuale sforamento

e la possibilità di essere richiamati a contribuire al ripiano di detto sforamento.

Passando ad altro profilo si rileva che l'imposizione del prelievo forzoso in capo ai fornitori/contribuenti nei termini sopra riportati concreta i tratti di una "contribuzione" di natura sostanzialmente tributaria, in quanto connotata dai tipici tratti del tributo, così come individuati dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. 12/12/2013, n. 304).

Ciò è confermato anche dalla formulazione dell'art. 9-ter, d.l. n. 78/2015, in base al quale *"L'eventuale superamento del tetto di spesa regionale di cui al comma 8 ... è posto a carico delle aziende fornitrici di dispositivi medici per una quota complessiva pari al 40 per cento nell'anno 2015, al 45 per cento nell'anno 2016 e al 50 per cento a decorrere dall'anno 2017"*, con la conseguenza che *"Ciascuna azienda fornitrice concorre alle predette quote di ripiano"*.

Più precisamente, il meccanismo di ripiano si concretizza in una sorta di imposta speciale, diretta a far contribuire le imprese del settore al contenimento della spesa sanitaria regionale per i dispositivi medici.

Senonché, pur a fronte di una siffatta natura, il meccanismo del payback non risulta in linea con i canoni e i principi costituzionali fissati dall'art. 53 Cost. in materia di tributi, sia con riferimento al principio di capacità contributiva del primo comma che a quello di progressività del secondo comma.

Ed invero, nel caso di specie, la determinazione della quota di ripiano a carico della singola impresa risulta sostanzialmente disancorata dalla sua sostanziale capacità contributiva, ma determinata piuttosto da fattori esterni – quali sono l'entità dello scostamento della singola Regione rispetto al tetto di spesa nonché la quota di mercato maturata dalla stessa impresa in un determinato ambito regionale – inidonei a rappresentare un effettivo possesso di capacità economica tale da giustificare il prelievo fiscale.

A ciò si aggiunga, oltretutto, che il meccanismo del payback:

- opera sul dato relativo al fatturato degli operatori economici (che ben potrebbe essere stato eroso pressoché integralmente a fronte dei costi sostenuti), e non all'utile d'impresa, il quale costituisce invece un corretto indice della capacità contributiva della stessa (dovendo quest'ultima essere determinata al netto dei costi sostenuti per produrre la ricchezza corrispondente);
- prende in considerazione il fatturato al lordo dell'i.v.a. (v. l'art. 3 del d.m. 6/10/2022), così violando anche la regola di neutralità di tale imposta, in quanto su di essa viene inopinatamente determinato un ulteriore prelievo fiscale.

Nessuna progressività vi è poi visto che non vi è un solo elemento determinativo della contribuzione richiesta che sia ricollegabile a tale principio.

I descritti profili di illegittimità comportano la altresì la violazione de principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), tanto con riferimento ai fornitori di dispositivi medici che abbiano operato in Regioni che

non hanno superato il tetto di spesa, quanto alla circostanza che siano trattati ugualmente gli operatori che abbiano il medesimo fatturato (a prescindere dal relativo utile), quanto infine in relazione alle imprese operanti in altri settori merceologici, le quali non sono assoggettate a tale ulteriore prelievo fiscale.

Ma anche non volendo qualificare il meccanismo del pay-back quale atto di natura sostanzialmente tributaria, lo stesso risulterebbe comunque costituzionalmente illegittimo in quanto impositivo di una "prestazione patrimoniale" in violazione delle regole di cui agli artt. 3 e 23 Cost.:

- contrariamente a quanto prescritto dall'art. 23, cit., l'obbligo di restituzione a carico degli operatori economici non è stato regolato dalla legge nei suoi elementi essenziali e, in ogni caso, in modo da consentire ai destinatari della norma in questione di comprendere in maniera chiara e obiettiva la natura e l'entità della prestazione patrimoniale imposta;
- per contro, nella fattispecie la norma che ha previsto la prestazione patrimoniale del ripiano fin qui descritta risulta essere sostanzialmente "in bianco", essendo integralmente attribuita all'Amministrazione la determinazione in concreto dell'oggetto e dei contenuti della prestazione stessa, sia con riferimento alla modalità di fissazione del tetto di spesa, sia relativamente all'entità del ripiano e alla sua ripartizione (risultando per contro indispensabile la preventiva fissazione da parte della legge di "criteri, limiti e controlli idonei a delimitare l'ambito della discrezionalità dell'ammini-

strazione nella determinazione della misura dei medesimi diritti aventi natura di prestazioni patrimoniali imposte" così Corte Cost., 28/12/2001, n. 435);

- ciò, in effetti, consente ed avrebbe ex ante consentito ai potenziali destinatari della misura di poter regolare la propria condotta prima della verifica di un fatto potenzialmente produttivo di effetti pregiudizievoli;

- di qui l'evidente violazione della riserva di legge di cui al richiamato art. 23, nonché degli artt. 3 e 97 Cost., in quanto l'omessa fissazione del contenuto della prestazione patrimoniale ha determinato situazioni di manifesta irragionevolezza, sproporzione e disparità di trattamento nella determinazione dei tetti di spesa e dei conseguenti obblighi di ripiano;

- in ogni caso, la prestazione patrimoniale come sopra imposta risulta manifestamente in contrasto con il principio di uguaglianza, in quanto la sua quantificazione è stata operata prendendo in considerazione un elemento in concreto (il fatturato) che non rappresenta un corretto indicatore della ricchezza di ciascuna impresa (e, quindi, inidoneo a determinare la quantificazione delle quote di riparto del ripiano da operare).

Il prelievo forzoso della quota di ripiano a carico di ciascun operatore economico previsto con il payback può essere qualificato alla stregua di un provvedimento di natura ablatoria/espropriativa.

Il che comporta la sua illegittimità anche per violazione dell'art. 42,

comma 3, Cost., non essendo stato previsto alcun indennizzo e/o compensazione, nonché dell'art. 117, comma 1, Cost. e dell'art. 1 del Primo protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo "*Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale*": sicché la privazione di una quota dei ricavi maturati dalle imprese chiamate a concorrere al ripiano dello sforamento del tetto di spesa comporta inevitabilmente la violazione del diritto di proprietà degli operatori economici interessati.

Il meccanismo del payback risulta, altresì, in contrasto con i canoni costituzionali di proporzionalità, ragionevolezza e buon andamento (di cui agli artt. 3 e 97 Cost.) anche sotto altro profilo, in quanto:

- la determinazione del tetto di spesa è risultata completamente disancorata da una verifica in concreto del fabbisogno di dispositivi medici ricavabile dai costi storici;
- non si è tenuto conto della maggiore o minore presenza di erogatori pubblici rispetto alle strutture private accreditate;
- pur a fronte di una spesa sanitaria in costante crescita (come risulta dal gravato d.m. 6/7/2022), la percentuale del tetto di spesa a livello nazionale è stata progressivamente ridotta dal 5,2% al 4,4% (v., da ultimo, l'art. 1, comma 131, lett. b, della legge n. 228/2012).

A ciò si aggiunga che, pur a fronte dell'estrema varietà dei prodotti

affendenti al macro-settore dei dispositivi medici (quali, ad esempio, siringhe, protesi, strumenti diagnostici, apparecchi elettromedicali, test per la diagnosi, ecc.), non risulta essere stata condotta la benché minima verifica circa la maggiore o minore incidenza di ciascun sotto-settore sullo sfioramento riscontrato, ovvero ai diversi margini di guadagno per ciascuno di essi: sicché l'odierna ricorrente potrebbe per assurdo essere chiamata a ripianare un superamento del tetto di spesa al quale non ha minimamente concorso (ad esempio, nel caso in cui lo sfioramento sia dipeso da quanto accaduto in altri sotto-settori).

Da ultimo, si osserva che, nella determinazione dei tetti di spesa non risulta sia stato tenuto conto dell'esigenza di scorporare dal costo delle forniture di dispositivi medici quello per i servizi (quali, a titolo esemplificativo, quelli di assistenza tecnica) i quali non avrebbero dovuto concorrere alla determinazione della spesa complessiva: in effetti, soltanto a far data dal 2019 è stato previsto l'obbligo di fornire un'indicazione separata di costo dei servizi e del bene fornito (v. l'art. 1, comma 557, legge n. 145/2018).

La circostanza assume un particolare rilievo ove si tenga conto che la quota relativa ai servizi è particolarmente rilevante per taluni dispositivi medici (si pensi alle apparecchiature elettromedicali), ed è invece nulla ridotta per altri (come i dispositivi "consumabili").

Il che ha comportato e comporta la determinazione di un tetto di spesa completamente disancorato da dati economici concreti (oltre che calcolato all'esito di un'istruttoria carente e lacunosa), con la

conseguente conferma dell'irragionevolezza della scelta di porre comunque a carico degli operatori economici una parte consistente dello scostamento riscontrato.

Si richiede che codesto Ecc.mo Tribunale voglia rimettere la questione di legittimità costituzionale delle norme in esame.

Ed invero, dette norme si rivelano in stridente contrasto con i parametri costituzionali consacrati negli articoli in epigrafe riportati.

La questione appare indubbiamente, oltre che manifestamente fondata, anche oggettivamente rilevante ai fini della definizione del giudizio in questione, stante il nesso di pregiudizialità che sussiste tra gli atti amministrativi impugnati e le norme oggetto delle dedotte censure, la cui declaratoria d'incostituzionalità travolgerebbe, com'è evidente, tutta la sequenza degli atti in questa sede impugnati.

Dalla risoluzione della questione di costituzionalità stessa deriva l'esito dell'azione proposta di fronte a codesto Ecc.mo Tribunale.

La rimessione alla Corte costituzionale delle questioni incidentali di legittimità delle disposizioni normative come sopra indicate e la loro risoluzione, sono infatti oggettivamente propedeutiche rispetto alla possibilità per codesto Ecc.mo Tribunale di valutare la legittimità o meno degli atti impugnati con il presente ricorso.

B) SULL'ILLEGITTIMITÀ EUROPEA PER VIOLAZIONE DIRETTIVA 2014/24/UE, ART. 2 DEL PROTOCOLLO ADDIZIONALE ALLA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI

DELL'UOMO E DELLE LIBERÀ FONDAMENTALI (CEDU), ARTT. 28, 30, 34, 36, 49, 168, 169 DEL TFUE; NONCHÉ CON GLI ARTT. 16 E 52 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA E L'ART. 1 DEL PROTOCOLLO 1 ALLA CEDU

Si vuole altresì rilevare che quanto sopra esposto e contestato integri la violazione delle normative e dei principi comunitari consacrati dalle disposizione qui sopra indicate.

In particolare, e con riserva di integrazione, si contesta che le norme qui in questione e il meccanismo che introducono:

- risultano in contrasto con l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, a tutela della libertà d'impresa, in base al quale siffatta libertà ha tra i propri contenuti essenziali quello relativo alla "libertà di determinare il prezzo richiesto per una prestazione" (così Corte di Giustizia UE, sentenza 15/4/2021, in cause riunite C-798/18 e C-799/18);
- determinano un'evidente compromissione del legittimo affidamento dell'impresa fornitrice al mantenimento delle condizioni economiche contrattuali, le quali non possono certo essere modificate da una richiesta retroattiva – oltretutto formulata a distanza di anni – di restituzione di una quota tanto significativa dei compensi percepiti: al riguardo, è appena il caso di rilevare come la tutela dell'affidamento sia stata riconosciuta dalla Corte di Giustizia "*come uno dei 'principi generali comuni ai diritti degli Stati membri' di cui all'art. 340 TFUE fin dalla sentenza 3 maggio 1978 C-112/72 Topfer*" (Cons. Stato, Sez. IV, ord. 15/12/2020, n. 8046);

- comportano la violazione dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (diritto ad una buona amministrazione);
- sono manifestamente incongrue e sproporzionate e, quindi, in contrasto con il principio di proporzionalità, che costituisce – anch'esso – una regola vincolante per le Amministrazioni nazionali nelle materie incise dal diritto europeo;
- risultano in contrasto con le norme poste a tutela del diritto di proprietà (art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) avendo previsto la privazione della stessa senza la fissazione di una giusta indennità;
- comportano la violazione dei principi di libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi (di cui agli artt. 28 e ss., 49 e ss. e 58 e ss., T.F.U.E.), nonché dei principi che ne derivano (come la parità di trattamento, la non discriminazione, la proporzionalità e la trasparenza), in quanto determinano una imprevedibile modificazione sostanziale – in via postuma – delle condizioni contrattuali delle forniture di dispositivi medici, così come cristallizzate all'esito delle procedure ad evidenza pubblica di cui alla direttiva 2014/24/UE e, in precedenza, alla direttiva 2004/18/CE, al di fuori delle ipotesi specifiche e tipizzate nelle quali siffatta modificazione è consentita;
- determinano una modificazione postuma del valore del contratto rispetto a quanto stimato e indicato a base di gara (come richiesto dagli artt. 5 e 79, nonché dall'allegato V della direttiva

2014/24/UE e, in precedenza dall'art. 9, dall'art. 35 della direttiva 2004/18/CE), sebbene tali modifiche non rientrino nelle limitate e tassative ipotesi consentite e, in ogni caso, determinano una inammissibile alterazione della natura complessiva del contratto (v. l'art. 72 della direttiva 2014/24/UE e l'art. 24 della direttiva 2004/18/CE), mediante la modificazione del corrispettivo dell'appalto;

- proprio a fronte della restituzione di parte del corrispettivo originariamente pattuito in capo all'appaltatore, comportano l'inattendibilità delle eventuali procedure di verifica di anomalia dell'offerta risultata aggiudicataria (art. 69, direttiva 2014/24/UE e art. 55, direttiva 2004/18/CE);

- determinano, complessivamente, un sacrificio della libertà di iniziativa economica sproporzionato e irragionevole.

A ciò si aggiunga che il meccanismo qui contestato del payback implica e attua una palese alterazione del corretto svolgimento del gioco concorrenziale, determinando altresì la violazione degli artt. 101 e ss., T.F.U.E.

A fronte di quanto sopra, si richiede che l'Ecc.mo Tribunale voglia disapplicare la normativa interna in quanto in contrasto con l'ordinamento dell'Unione o, in subordine, rimettere alla Corte di Giustizia le questioni di interpretazione insorgenti.

*** ** ***

1) MANCATA APPLICAZIONE DIRITTI PARTECIPATIVI EX L. 241/1990

ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA

I provvedimenti degli organismi regionali che hanno determinato la somma da versarsi mediante lo screening dei fatturati generati dalle forniture di Savir nelle annate 2015/18 sono stati assunti nella totale assenza del contraddittorio procedimentale previsto dagli istituti partecipativi ex L. 241/90 con il destinatario finale

Ciò ha impedito di poter apportare ulteriori elementi valutativi che sarebbero stati fondamentali alla corretta determinazione dei dati il cui concreto conteggio in verità è a tutt'oggi ignoto alla ricorrente.

Si pensi solo alla componente delle prestazioni rese che NON è fornitura di dispositivi medici ma che costituiva servizi (gestione magazzini o manutenzioni/riparazioni) e che pertanto non poteva andare a formare il parametro di riferimento.

Al riguardo (con riferimento al meccanismo di payback nel settore farmaceutico), è stata puntualmente evidenziata l'inidoneità della mera pubblicizzazione del dato finale/aggregato relativo alla spesa sanitaria, con la conseguenza che *"le esigenze di tutela delle aziende ... destinatarie dei provvedimenti di ripiano possono ritenersi adeguatamente salvaguardate solamente consentendo a queste ultime di prendere visione dei dati della singola struttura sanitaria al fine di compararlo con l'unico dato in possesso della singola azienda, che è quello relativo alla fornitura dello specifico medicinale a ciascuna struttura"* (così T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III-quater, 25/3/2015, n. 4538).

Il che vale tanto per la fissazione del tetto di spesa, quanto per la determinazione del ripiano a carico dei singoli fornitori, attività

per le quali non è stato possibile per l'odierna ricorrente – dopo l'adozione degli atti provinciali – ricostruire l'iter logico e il procedimento seguito per la relativa determinazione.

Né potrebbe ritenersi sussistente una qualche esigenza di riservatezza dei dati stessi, posto che proprio il meccanismo del payback pone i dati di tutte le imprese in correlazione ai fini della determinazione in concreto della singola quota di ripiano.

La determina dirigenziale e gli atti delle aziende sanitarie regionali sono illegittimi per aver omesso questo passaggio partecipativo che ha viziato sostanzialmente l'intera fase istruttoria locale.

**2) VIOLAZIONE ART. 9-TER, D.L. N. 78/2015 (CONV. CON L. N. 125/2015),
ART. 3, 23, 41, 42, 97 COST. ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI
ISTRUTTORIA E DIFETTO DEI PRESUPPOSTI**

Gli atti degli organismi regionali che hanno dapprima quantificato e poi richiesto il pay back sono viziati in quanto non è MAI stato preceduto detto procedimento dal passaggio dettato dall'art. 9 ter al comma 1 lett. b) come OBBLIGO per gli enti del servizio sanitario nazionale nel quadro della sistematica del citato payback e cioè la proposta ai fornitori di una rinegoziazione dei contratti in essere in riduzione dei prezzi cui consegue nella disciplina, in assenza di accordo, la reciproca facoltà di recesso.

In assenza di questo previo passaggio non può ritenersi operante la previsione, successiva nella normativa, del coattivo trasferimento a carico delle aziende delle quote di eccedenza dei tetti di spesa perchè ne verrebbe ammessa la legittimità sganciata dalla messa in

atto del previo doveroso passaggio sopra richiamato.

Esso avrebbe, tra l'altro, consentito all'azienda di valutare di uscire dai contratti e la sua omissione ha quale effetto di averla privata di una chance (facoltà) che ha concretato una lesione delle sue garanzie procedurali.

3) VIOLAZIONE ART. 3, 23, 41, 42, 97 COST.. VIOLAZIONE ART. 9-TER, D.L. N. 78/2015 (CONV. CON L. N. 125/2015). VIOLAZIONE ART. 17, D.L. N. 98/2011 (CONV. CON L. N. 111/2011). VIOLAZIONE ART. 3, 5 E SS., L. N. 241/1990. VIOLAZIONE ARTT. 1175 E 1375 COD. CIV.. ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA, TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE

La disciplina di riferimento, come indicata in fatto, è precisa e si può certo dire perentoria nel sancire che il tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici avrebbe dovuto essere fissato per ciascuna Regione entro il 15/9/2015, e poi aggiornato con cadenza biennale in sede di Conferenza Stato-Regioni (così l'art. 9-ter, comma 1, lett. b, d.l. n. 78/2015).

Tale individuazione del tetto massimo di spesa prima del termine di ciascuna annualità ha un'evidente funzione programmatica sia per le Amministrazioni interessate, in quanto avrebbe dovuto consentire loro di poter valutare tempo per tempo il potenziale sfioramento del suddetto tetto di spesa e di poter conseguentemente ri-organizzare i propri acquisti, sia per gli operatori del settore, i quali avrebbero potuto pianificare la propria attività d'impresa sulla base dei dati stessi e, comunque, di valori

ragionevolmente prevedibili

Ciò non è affatto avvenuto trovandoci qui infatti di fronte ad una tardiva e retroattiva fissazione dei parametri visto che il tetto risulta essere stato fissato soltanto con l'Accordo della Conferenza Stato-Regioni del 7/11/2019, rep. atti n. 181/CSR.

Tale condotta è in primo luogo manifestamente illogica, in quanto la fissazione del tetto di spesa a quattro anni di distanza si appalesa del tutto inidonea ad assicurare la prescritta razionalizzazione del tetto di spesa.

E' poi illegittima in quanto in contrasto con il termine fissato dalla legge, nonché con numerose altre norme e principi – anche di rango costituzionale –, risultando disatteso l'obbligo di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico (come prescritto dall'art. 97 Cost.), attività che necessitano di una pianificazione tempestiva, programmata e ordinata dei tetti di spesa (e non di una loro fissazione in via eccessivamente postuma e retroattiva, o in assenza di tempestive indicazioni di massima; come sancito da Cons. Stato, Ad. Plen., 12/4/2012, n. 3);

Queste lacune ledono altresì i principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, nonché di tutela dell'affidamento legittimamente riposto dalle imprese appaltatrici alla stabilità delle condizioni anche e soprattutto economiche degli appalti ad essi aggiudicati, dovendo essere ad esse assicurata la possibilità di operare in un contesto nel quale anche le scelte pubbliche siano ragionevolmente prevedibili e preventivabili, in modo da

consentire un'adeguata pianificazione dell'attività d'impresa; il che vale poi a maggior ragione trattandosi di forniture integralmente eseguite, e sui compensi delle quali gli operatori economici (ivi compresa l'odierna ricorrente) hanno già integralmente provveduto ad affrontare i relativi costi della commessa e a liquidare i previsti oneri fiscali (ovviamente anche per la parte oggi oggetto di richiesta di restituzione).

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa, anche allorché ha riconosciuto la possibilità per le Amministrazione di fissare i tetti di spesa "in corso d'anno" (come nel caso dei tetti di spesa per le prestazioni sanitarie rese dalle strutture private accreditate, per i quali non è stata, comunque, consentita l'individuazione ad anni di distanza), ha evidenziato come l'ampia potestà programmatica riconosciuta all'Amministrazione deve tuttavia *"bilanciare interessi diversi, ossia l'interesse pubblico al contenimento della spesa, il diritto degli assistiti alla fruizione di prestazioni sanitarie adeguate, le legittime aspettative degli operatori privati che ispirano le loro condotte ad una logica imprenditoriale"* (Cons. Stato, Ad. Plen., 12/4/2012, n. 3, relativa alla fissazione del tetto di spesa per le prestazioni rese da strutture private accreditate).

A fronte di ciò, nel caso di fissazione di tetti di spesa in via retroattiva, è stato stabilito che:

- tale possibilità è consentita nel caso di preventiva assegnazione all'operatore economico di uno specifico budget o di un valore oggettivo, consentendo così alle imprese di orientare le proprie

scelte imprenditoriali in funzione di elementi predeterminati/determinabili: il che non è avvenuto nel caso de qua, non essendo presente nessun valore oggettivo e pregresso al quale si potesse fare riferimento (se non appunto l'importo presunto a base di gara e il valore di aggiudicazione del singolo contratto, che sono stati poi rispettati in sede di esecuzione), e non essendo comunque possibile verificare medio tempore l'incidenza delle forniture di ciascun operatore sulla spesa regionale;

- *"la fissazione di tetti retroagenti impone l'osservanza di un percorso istruttorio, ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l'equilibrato contemperamento degli interessi in rilievo ..."*: il che non è tuttavia avvenuto nel caso di specie, non essendo stata in alcun modo assicurata la partecipazione della Società ricorrente (e, più in generale, dei fornitori di dispositivi medici) al relativo procedimento);

- al contempo, *"la considerazione dell'interesse dell'operatore sanitario a non patire oltre misura la lesione della propria sfera economica anche con riguardo alle prestazioni già erogate fa sì che la latitudine della discrezionalità che compete alla regione in sede di programmazione conosca un ridimensionamento tanto maggiore quanto maggiore sia il ritardo nella fissazione dei tetti"*: di contro, nella fattispecie, non risulta essere stato operato alcun ridimensionamento in ragione dell'ampio lasso di tempo trascorso rispetto alla scadenza di legge (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3/2012, cit.).

Le stesse censure si propongono anche con riferimento alla certificazione del superamento del tetto di spesa per l'acquisito di dispositivi medici a livello nazionale e regionale, che, in base all'art. 9-ter, d.l. n. 78/2015 (comma 8), avrebbe dovuto essere dichiarato con decreto del Ministro della Salute, di concerto con il Ministero dell'Economia, "*entro il 30 settembre di ogni anno*", sulla base dei dati a consuntivo relativi all'anno precedente.

Anche in questo caso, siffatta verifica periodica assume un evidente valenza programmatica, in quanto consente – innanzitutto per le Amministrazioni interessate e anche per i soggetti fornitori – di poter verificare tempo per tempo gli eventuali sforamenti, e adeguare di conseguenza la propria attività.

Senonché la certificazione del superamento del tetto di spesa per gli anni 2015-2018 è avvenuta soltanto con il gravato decreto ministeriale 6/7/2022, con una distanza temporale abnorme di circa sette anni dalla prima delle annualità prese a riferimento (...)

Il che comporta – oltre all'evidente violazione del termine di legge – la conseguente, integrale compromissione della funzione programmatica/pianificatoria assegnata a tali attività, essendo stata determinata la quota complessiva di ripiano a carico delle aziende fornitrici con anni di ritardo, ma anche la violazione delle regole e dei principi di cui sopra.

L'illegittimità degli atti impugnati (e, in particolare, dell'accordo 7/11/2019 e del d.m. 6/7/2022) travolge a cascata l'intera sequenza

procedimentale ivi compreso anche il decreto di quantificazione degli oneri di ripiano a carico della ricorrente.

- 4) VIOLAZIONE ART. 3, 23, 41, 42, 97 COST.. VIOLAZIONE ART. 9-TER, D.L. N. 78/2015 (CONV. CON L. N. 125/2015). VIOLAZIONE ART. 17, D.L. N. 98/2011 (CONV. CON L. N. 111/2011). ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA, TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE

L'accordo consacrato dalla Conferenza Stato-Regioni 7/11/2019 ha inspiegabilmente fissato il tetto di spesa – oltre che retroattivamente ed a oltre quattro anni di distanza – anche in via indifferenziata e unitaria per tutte le Regioni, in misura pari al 4,4% del fabbisogno sanitario standard.

Orbene, tale decisione si pone in contrasto non solo con l'art. 17, comma 1, lett. c) del d.l. n. 98/2011, in base al quale la spesa per l'acquisto di dispositivi medici avrebbe dovuto essere fissata "*a livello di ogni singola regione*", ma anche con l'art. 9-ter, comma 1, lett. b) del d.l. n. 78/2015, in base al quale il medesimo tetto di spesa regionale avrebbe dovuto essere "*fissato, coerentemente con la composizione pubblico-privata dell'offerta, con l'accordo in sede di Conferenza permanente ...*": il che conferma la necessità di un'individuazione dei tetti di spesa che tenga conto della composizione pubblico-privata dell'offerta sanitaria in ciascuna Regione, con la conseguente irragionevolezza della fissazione di un tetto unificato.

D'altronde, è riscontrabile per tabulas che le Regioni caratterizzate

dalla maggiore presenza di servizi resi da strutture pubbliche rispetto ai privati accreditati (come Toscana ed Emilia Romagna), hanno riscontrato il maggiore sforamento, mentre quelle con una maggiore presenza di strutture private accreditate (come Lombardia e Lazio) non hanno sfiorato i tetti di spesa, con la conseguente conferma del rilievo che assume la maggiore o minore presenza di strutture accreditate.

E proprio per tale ragione il richiamato art. 17, d.l. n. 98/2011 ha previsto la fissazione di due distinti tetti di spesa (uno a livello statale, e uno per "ogni singola regione").

Di qui la conferma di una valutazione caso per caso da parte della Conferenza Stato-Regioni e di una conseguente modulazione dei tetti di spesa regionali, la quale è tuttavia completamente mancata, con la conseguente illegittimità dell'intera sequenza procedimentale.

5) VIOLAZIONE ART. 3, 23, 41, 42, 97 COST.. VIOLAZIONE ART. 9-TER, D.L. N. 78/2015 (CONV. CON L. N. 125/2015). VIOLAZIONE ART. 17, D.L. N. 98/2011 (CONV. CON L. N. 111/2011). ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA, TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE

Il disavanzo dichiarato dal Ministero è destinato ad essere "spalmato" e suddiviso a livello locale su ciascuna delle imprese fornitrici che hanno (anzi avrebbero) concorso al suddetto disavanzo sulla base esclusivamente dei fatturati maturati, senza, in alcun modo, verificare e/o accertare il comportamento tenuto

dalle singole imprese all'interno dei singoli sottosistemi locali in cui si articola il S.S.N..

Il che determina una palese distorsione in contrasto con tutti i canoni fondamentali dell'azione amministrativa, riconducibili sia al buon andamento e all'imparzialità, sia a principi fondamentali come quelli dell'art. 3 e 23 della Costituzione.

In effetti, l'imputazione a cascata – nelle singole Regioni – del disavanzo tra tutte le imprese appaltatrici sulla base soltanto dei fatturati rischia di colpire anche situazioni virtuose ed imprese (come l'odierna ricorrente) che si sono aggiudicate le proprie commesse all'esito di gare svolte sulla base di prezzi in linea o addirittura inferiori a quelli standard fissati dall'Osservatorio dei contratti pubblici, ove disponibili.

Con ciò si vuol dire che, quantomeno a livello locale, doveva essere svolta un'attenta analisi ed un'approfondita istruttoria in merito alle reali e concrete ragioni dello sfioramento dei tetti di spesa, che, ad esempio, potrebbe trovare la propria origine in specifiche cause, come l'esito di alcune "maxi-gare" o in peculiari situazioni .

La scelta delle Amministrazioni statali e regionali – attraverso gli atti impugnati – è stata invece quella di omettere qualsivoglia istruttoria (che peraltro poteva anche far emergere responsabilità nelle stesse Amministrazioni e/o nelle AA.SS.LL.) e di scaricare su tutta la platea delle imprese appaltatrici lo sfioramento, indipendentemente dalla specifica posizione di ciascuna di esse.

Il meccanismo attuato con gli atti impugnati appare, quindi,

davvero sproporzionato ed abnorme, anche in relazione ai sopra esposti profili.

6) VIOLAZIONE ART. 3, 23, 41, 42, 97 E 117, COST.. VIOLAZIONE ARTT. 101, 102, 103 E 107, T.F.U.E.. VIOLAZIONE LEGGE N. 287/1990. VIOLAZIONE ART. 72, DIRETTIVA 2014/24/UE. VIOLAZIONE D.LGS. N. 50/2016. VIOLAZIONE ART. 9-TER, D.L. N. 78/2015 (CONV. CON LEGGE N. 125/2015). VIOLAZIONE ART. 17, D.L. N. 98/2011 (CONV. CON L. N. 111/2011). ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA, TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE

Il meccanismo del pay back attuato dagli atti qui impugnati si rivela palesemente illegittimo anche facendo riferimento alla disciplina speciale (europea e interna) sugli appalti pubblici.

Occorre, infatti, muovere dal presupposto che lo sforamento e il disavanzo che si intenderebbe recuperare con il meccanismo del payback deriverebbero dall'esecuzione di contratti di appalto pubblici, aggiudicati all'esito di gare che sono state svolte sulla base di prezzi evidentemente ritenuti congrui dalle Amministrazioni appaltanti di livello regionale (Centrali di committenza regionali e/o AA.SS.LL.) o statale (Consip).

E' evidente dunque che il payback finisce, tra gli altri effetti, per modificare ex post il contenuto dei contratti di appalto già eseguiti, andando ad incidere (non tanto sui volumi dei prodotti medicali forniti, ma addirittura) soltanto sui prezzi già versati dalle Amministrazioni, posto che l'eventuale corresponsione delle

somme indicate da ultimo dalla Regione implicherebbe una correlativa decurtazione (sempre postuma) dei corrispettivi e del connesso equilibrio dei contratti di fornitura.

Tralasciando la violazione dell'equilibrio sinallagmatico dei contratti di appalto il meccanismo del payback si rivela illegittimo (nell'ambito della disciplina sui contratti pubblici) quantomeno in relazione a due distinti profili.

In primo luogo, come si è detto, l'attuazione del payback si configura come una modifica sostanziale dei contenuti dei contratti di appalto andando a modificare il corrispettivo definito dai bandi di gara e dai contratti medesimi.

E' noto, tuttavia, che uno dei principi cardine di derivazione europea del settore dei contratti pubblici è l'impossibilità di introdurre modifiche sostanziali al contenuto dei contratti medesimi (v. art. 72, direttiva 2004/14/UE; art. 106, d.lgs. n. 50/2016).

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale anche della Corte di Giustizia (recepito dal già ricordato art. 72 della direttiva 2014/24/UE), devono essere considerate "modifiche sostanziali" tutte quelle variazioni che:

- ove fossero state previste nella procedura di appalto originaria, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati;
- sono comunque suscettibili di cambiare l'equilibrio economico del contratto di appalto (in giurisprudenza, v. Corte Giustizia UE,

sentenze 18/9/2019, in causa C-526/17, 7/9/2016, in causa C-549/14 e 19/6/2008, in causa C-454/06).

Ed è altrettanto pacifico che la variazione (seppur postuma) del corrispettivo di appalto non può che configurarsi come un'illegittima e indebita variazione sostanziale dei contenuti del contratto di appalto.

Peraltro, in un'ottica ancor più generale (sempre avendo riguardo al settore della contrattualistica pubblica):

- le Amministrazioni sono tenute ad adottare un programma degli acquisti di beni e servizi e relativi aggiornamenti annuali, i quali devono essere approvati "nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio" (v. l'art. 21, d.lgs. n. 50/2016 nonché, in precedenza, l'art. 128, d.lgs. n. 163/2006 e l'art. 271, d.p.r. n. 207/2010);
- la stipula dei contratti di fornitura di dispositivi medici è, di regola, preceduta da gare pubbliche nell'ambito delle quali sono esclusivamente le Amministrazioni aggiudicatrici a quantificare il proprio fabbisogno e a determinare autoritativamente e unilateralmente la relativa base d'asta (v. gli artt. 71 e 95, d.lgs. n. 50/2016 nonché, in precedenza gli artt. 64, 82 e ss., d.lgs. n. 163/2006);
- le suddette procedure sono per lo più centralizzate e, comunque, soggette ad una fortissima concorrenza sui prezzi;
- in ogni caso, all'esito della procedura di gara (anche se negoziata) è la stessa Amministrazione aggiudicatrice a selezionare

l'offerta che meglio la soddisfa, nonché a verificare la complessiva congruità e l'attendibilità dell'offerta formulata (art. 97 e ss., d.lgs. n. 50/2016 e art. 86 e ss., d.lgs. n. 163/2006);

- una volta aggiudicata la gara, l'impresa fornitrice non ha alcuna possibilità di interrompere la fornitura, che è per contro tenuta a eseguire (pena rilevanti sanzioni, segnalazioni e penalità).

A fronte di quanto sopra, la previsione della restituzione di una parte del prezzo – attraverso il meccanismo del payback – comporta una palese alterazione unilaterale delle condizioni contrattuali in precedenza pattuite e cristallizzate (nell'offerta presentata dall'appaltatore e poi nel contratto), impattando in via immediata e diretta sulla remuneratività delle stesse forniture.

A ciò si aggiunga che siffatta modificazione sostanziale delle condizioni contrattuali:

- non è riconducibile alle ipotesi tassative e tipizzate (v. art. 72, direttiva 2014/24/UE; art. 106, d.lgs. n. 50/2016 e, in precedenza, gli artt. 114 e 132 del d.lgs. n. 163/2006) nelle quali è ammessa la variazione del contratto successivamente al suo affidamento e/o la revisione del prezzo (tanto a vantaggio dell'Appaltatore, quanto dell'Amministrazione aggiudicatrice);

- non era prevista sulla base della disciplina posta a base di gara, né nel contratto d'appalto;

- in ogni caso, introduce condizioni che avrebbero modificato sostanzialmente la partecipazione e l'esito della procedura di gara, e di fatto la alterano in via postuma.

Inoltre, tale meccanismo determina inevitabilmente una compromissione del consolidato principio in base al quale gli appalti pubblici devono essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno (anche tenuto conto che offerte non remunerative e sostenibili comportano un pregiudizio non solo e non tanto per le imprese affidatarie, ma anche e soprattutto per la stessa p.a.).

Ed invero, l'applicazione del payback comporterebbe l'integrale erosione dell'utile dichiarato in gara, e anzi porterebbe la commessa in totale perdita.

In definitiva, il payback si risolve in una sorta di autorizzazione postuma – oltretutto a distanza di molti anni – a non pagare una parte delle forniture richieste, così violando i principi dell'affidamento nella certezza e stabilità dei rapporti giuridici.

In secondo luogo, la modifica (sostanziale) dei corrispettivi dell'appalto attuata con il meccanismo del payback è stata introdotta unilateralmente, senza neppure avere attivato tempestivamente il tentativo (peraltro prescritto dalla normativa primaria) di rinegoziazione del contenuto dei contratti di appalto con riferimento non soltanto ai prezzi, ma anche e necessariamente ai volumi e alle quantità dei prodotti da fornire.

Il che rivela ulteriormente l'illegittimità dell'intero meccanismo, dal momento che – com'è noto – non è ammessa la modifica unilaterale dei contratti di appalto da parte delle Amministrazioni committenti e/o di Amministrazioni terze.

*** ***** ***

Tutto ciò premesso e considerato, alla luce dei motivi di censura formulati, Savir di Longhi & C s.a.s. in concordato come sopra rappresentata

RICORRE

a Codesto Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio di Roma affinché:

- annulli, con ogni conseguente statuizione di legge e di prassi, i provvedimenti in premessa individuati, nonché ogni altro atto ad essi antecedente e/o consequenziale;
- condanni le controparti all'integrale pagamento delle spese di lite, compensi e contributo unificato compresi.

Si dichiara ai fini della determinazione e del versamento del contributo unificato che la presente controversia è di valore indeterminabile.

Si dimette la documentazione indicata in narrativa come da separato elenco.

Verona, lì 10 febbraio 2023

Avv. Andrea Coronin

Avv. Davide Chieffo

Avv. Federico Oliosì