

**ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO
SEDE DI ROMA**

Sez. III- *quater* – R.G. 882/2023

RICORSO PER MOTIVI AGGIUNTI

ANCHE A VALERE QUALE RICORSO AUTONOMO

nell'interesse di **Agilent Technologies Italia S.p.A.** (C.F. e P.IVA 12785290151) con sede a Cernusco sul Naviglio, Via Piero Gobetti, 2/C (la "**Società**" o "**Agilent**"), in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante Dario Maria Marzorati (C.F.MRZDMR63T14C936X), rappresentata e difesa, in forza di procura speciale, tanto congiuntamente, quanto disgiuntamente, dagli avv.ti Filippo Pacciani (C.F. PCCFPP69D14F839S; PEC fpacciani@legalmail.it) e Ada Esposito (C.F. SPSDAA78L47L259F, PEC adaesposito@ordineavvocatiroma.org), con domicilio fisico eletto presso il loro studio (Legance - Avvocati Associati) sito in Roma, alla via di San Nicola da Tolentino, n. 67, CAP 00187, FAX: +39 06 931 827 403, e domicilio digitale presso gli indirizzi PEC dei suindicati difensori avv.ti Filippo Pacciani: fpacciani@legalmail.it e Ada Esposito adaesposito@ordineavvocatiroma.org,

contro

MINISTERO DELLA SALUTE, in persona del Ministro in carica;

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del Ministro in carica;

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, in persona del Presidente del Consiglio in carica;

CONFERENZA PERMANENTE PER I RAPPORTI TRA LO STATO, LE REGIONI E LE PROVINCE AUTONOME DI TRENTO E DI BOLZANO, in persona del legale rappresentante *pro - tempore*;

CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME, in persona del legale rappresentante *pro - tempore*;

REGIONE SICILIANA, REGIONE LIGURIA, REGIONE EMILIA ROMAGNA, REGIONE ABRUZZO, REGIONE BASILICATA, REGIONE CALABRIA, REGIONE CAMPANIA, REGIONE FRIULI-VENEZIA GIULIA, REGIONE LAZIO, REGIONE LOMBARDIA, REGIONE MARCHE, REGIONE MOLISE, REGIONE PIEMONTE, REGIONE PUGLIA, REGIONE SARDEGNA, ASSESSORATO ALLA SALUTE DELLA REGIONE SICILIANA, REGIONE TOSCANA, REGIONE UMBRIA, REGIONE VALLE D'AOSTA,

REGIONE VENETO, PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO, PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *p.t.*

e nei confronti di

Stryker Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*,

per l'annullamento

- a) della Deliberazione n. 444 del 28 luglio 2023 della Giunta della Regione Basilicata (pubblicata in Albo Pretorio il successivo 1.8.2023) recante “*DGR 207/2023 – Approvazione e Aggiornamento degli elenchi delle Aziende fornitrici di dispositivi medici, soggette al ripiano per ciascuno degli anni 2015-2018, ai sensi dell’articolo 9 ter, comma 9 bis del DL n. 78/2015 e del DL 30 marzo 2023, n. 34, convertito in L 56/2023*”, unitamente ai relativi allegati;
- b) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto dalla ricorrente, ivi inclusa, per quanto occorrer possa, la Deliberazione n. 207 del 30.3.2023 della Giunta della Regione Basilicata, recante l’”*Approvazione degli elenchi delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggette al ripiano per ciascuno degli anni 2015-2018 ai sensi dell’articolo 9 ter, comma 9 bis del DL n. 78/2015*” unitamente ai relativi allegati.

oltre che per l'annullamento dei seguenti atti e provvedimenti già impugnati con il ricorso principale

- c) il Decreto del Ministero della Salute del 6.7.2022, pubblicato in G.U.R.I., Serie generale, n. 216 del 15.9.2022, recante “*Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018*”, e dei relativi Allegati A, B, C e D;
- d) il Decreto del Ministero della Salute del 6.10.2022, pubblicato in G.U.R.I., Serie generale, n. 251 del 26.10.2022, recante “*Adozione delle linee guida propedeutiche all’emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018*”; e per quanto occorrer possa
- e) la Circolare del Ministero della Salute prot. n. 22413 del 29.9.2019, che ha previsto una ricognizione, da parte degli Enti del SSN, della ripartizione del fatturato relativo ai dispositivi medici tra i singoli fornitori, riconciliato con i valori contabilizzati nel modello CE di ciascun anno 2015-2018;
- f) l’Accordo del 7.11.2019 e relativi allegati, siglato tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano (Rep. Atti n. 181/CSR), sulla proposta del Ministero

della Salute di attuazione dell'art. 9 *ter*, d.l. 19.6.2015, n. 78, convertito, con modificazioni, in legge 6.8.2015, n. 125, con il quale sono stati individuati, tra l'altro, i criteri di definizione del tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici e le modalità procedurali di individuazione del superamento dei tetti di spesa regionali per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, fissando per i predetti anni il tetto di spesa di ciascuna Regione al 4,4% del fabbisogno sanitario regionale *standard*;

- g) l'intesa raggiunta dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 14.9.2022, nonché quella sancita dalla Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano nella seduta del 28.9.2022;

FATTO

1. La società ricorrente - filiale italiana dell'azienda statunitense Agilent Technologies Inc., leader nei settori delle *Life Science*, diagnostica e chimica applicata - è attiva nella commercializzazione e distribuzione di apparecchiature e strumentazioni analitiche e di diagnostica medica, nonché di dispositivi medici a favore di laboratori privati ed Enti del Servizio Sanitario Nazionale.

Per quanto qui rileva, la stessa partecipa a procedure ad evidenza pubblica indette da Enti del S.S.N., inclusi quelli operanti nella Regione Basilicata, per la selezione del contraente cui affidare la fornitura di dispositivi medici impiegati per garantire il regolare svolgimento dell'attività sanitaria a tutela dei pazienti.

Tra il 2015 al 2018, la ricorrente ha eseguito, anche per il tramite della società Dako Italia S.r.l., fusa per incorporazione a far data dall'1 novembre 2016, talune forniture di dispositivi medici a favore degli Enti del S.S.N. nella Regione Basilicata.

Vale sin d'ora la pena anticipare che la quasi totalità degli affidamenti alla Società è rappresentata da contratti misti: alla fornitura del *medical device* sono infatti tipicamente associata, quale componente del prezzo, dei servizi accessori di manutenzione e assistenza sui prodotti offerti.

2. Il settore dei dispositivi medici rappresenta in Italia un mercato di circa 16,2 miliardi di euro tra export e mercato interno, nel quale operano oltre 4.546 imprese, profondamente diverse tra loro quanto a dimensioni e comparto industriale. Si tratta di un tessuto industriale eterogeneo, altamente innovativo e specializzato, nel quale piccole aziende convivono con grandi gruppi internazionali.

Al pari del contiguo ma differente settore relativo alla commercializzazione e cessione al SSN di specialità medicinali, quello dei dispositivi medici è stato oggetto negli ultimi anni

di misure legislative volte al contenimento della spesa sanitaria. A causa della crisi del debito italiano, infatti, e al fine di ottemperare agli impegni assunti dall'Italia in sede europea, il Legislatore è intervenuto dapprima con l'art. 17, comma 1, lett. c), dl 6.7.2011, n. 98, conv., con modificazioni, in l 111/2011, stabilendo 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. ... (...). Le regioni monitorano l'andamento della spesa per acquisto dei dispositivi medici: l'eventuale superamento del predetto valore è recuperato interamente a carico della regione attraverso misure di contenimento della spesa sanitaria regionale o con misure di copertura a carico di altre voci del bilancio regionale (...)**”*.

La previsione in questione ha fissato, quindi, un duplice tetto alla spesa sanitaria per dispositivi medici:

(i) a livello **nazionale**, nel 4,4% da applicare sul valore del Fondo Sanitario Nazionale, come stabilito dall'art. 15, comma 13, lett. f), d.l. 6.7.2012, n. 95, conv., con modificazioni, in l. 7.8.2012, n. 135 e da ultimo rivisto dall'art. 1, comma 131, lettera b), l. 24.12.2012, n. 228 (Legge di Stabilità 2013);

(ii) a livello **regionale**, nella misura da determinare in relazione al fabbisogno sanitario regionale *standard* di cui all'art. 27, d.lgs. 6.5.2011, n. 68.

Dopo oltre quattro anni di silenzio delle Amministrazioni coinvolte nell'attuazione del sistema di contenimento della spesa per l'acquisto dei dispositivi medici sopra descritto, il Legislatore è nuovamente intervenuto con l'adozione dell'art. 9 *ter*, d.l. 19.6.2015, n. 78 (conv., con modificazioni, in l. 6.8.2015, n. 125), che, al comma 1, lett. b), ha **demandato la determinazione del tetto di spesa regionale per i dispositivi medici** ad un **“accordo”** da assumere **“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”**, in maniera coerente **“con la composizione pubblico-privata dell'offerta”** sanitaria e confermando il **“tetto di spesa nazionale fissato al 4,4 per cento”**.

La medesima norma ha, poi, introdotto un meccanismo di ripiano in caso di superamento dei summenzionati tetti di spesa, stabilendo, al **comma 8**, che **“Con decreto**

del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro il 30 settembre di ogni anno, è certificato in via provvisoria l'eventuale superamento del tetto di spesa a livello nazionale e regionale di cui al comma 1, lettera b), per l'acquisto di dispositivi medici, sulla base dei dati di consuntivo relativi all'anno precedente” e, al successivo comma 9, che “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”.

Dall'analisi delle suddette disposizioni, si evince chiaramente l'intenzione del Legislatore di introdurre un sistema di gestione dello sfioramento della spesa sanitaria relativamente agli acquisti di dispositivi medici effettuati dagli Enti del S.S.N. incentrato sullo strumento del *payback*, in ragione del quale ciascuna azienda fornitrice di dispositivi è chiamata a concorrere al ripiano dello sfioramento dei tetti di spesa assegnati alle singole Regioni.

Detto strumento è stato ulteriormente modificato dal comma 557 dell'art. 1 della l. 30.12.2018, n. 145, (c.d. Legge di Bilancio 2019), a mente del quale “Il comma 8 dell'articolo 9-ter del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, è sostituito dal seguente: «8. 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. (...)»”.

Il meccanismo di ripiano dello sfioramento dei tetti di spesa da parte delle singole Regioni basato sullo strumento del *payback* è nondimeno rimasto lettera morta per gli anni successivi, poiché le Amministrazioni coinvolte non vi hanno dato corso.

3. Solo in data 29.7.2019, il Ministero della Salute ha adottato una prima Circolare (prot. n. 22413), recante le “indicazioni operative per l'applicazione delle disposizioni previste dall'art. 9-ter, commi 8 e 9, del decreto legge n. 78/2015”, con la quale, ribadito che “il comma 9

dell'art. 9-ter del d.-l. n. 78/2015 prevede che le aziende fornitrici di dispositivi medici concorrano alle quote del ripiano in misura pari all'incidenza percentuale del proprio fatturato sul totale della spesa per l'acquisto dei dispositivi medici a carico del SSR rilevato nei modelli ministeriali di rilevazione economica consolidati CE”, ha ritenuto “necessario ripartire l'onere a carico dei singoli fornitori rispetto al valore di spesa registrato nei predetti modelli CE, per i singoli anni 2015, 2016, 2017 e 2018”, precisando che “i valori di costo contabilizzati nei succitati modelli CE si riferiscono, difatti, al costo di acquisto dei dispositivi medici, così come precisato dalle linee guida dei modelli di cui al decreto ministeriale del 15 giugno 2012” e richiedendo agli Assessorati alla Sanità delle Regioni la trasmissione di un prospetto riepilogativo del “fatturato annuo per singolo fornitore di dispositivi medici”, allo scopo di determinare l'onere economico da ripartire a carico delle aziende fornitrici per le annualità 2015, 2016, 2017 e 2018.

Successivamente, è stato, poi, raggiunto l'Accordo del 7.11.2019 (Rep. Atti n. 181/CSR), sottoscritto in sede di Conferenza Stato - Regioni sulla proposta del Ministero della Salute di attuazione dell'art. 9 ter, d.l. 19.6.2015, n. 78, che:

- ha determinato “i criteri di individuazione dei tetti di spesa regionali per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 per l'acquisto di dispositivi medici, dei dispositivi attivi e dei dispositivi medico - diagnostici in vitro, di seguito denominati “dispositivi medici”;
- ha descritto le “modalità procedurali di individuazione del superamento dei tetti di spesa regionali” per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018;
- ha fissato, per le predette annualità, i **tetti di spesa regionali nella misura del 4,4% dei fabbisogni sanitari regionali standard**;
- ha stabilito che l'eventuale superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale “è certificato con successivo decreto del Ministero della salute, 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”;
- ha previsto che le modalità procedurali del ripiano sarebbero state definite “con apposito accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano ...”.

Anche in questo caso, tuttavia, le Amministrazioni coinvolte nell'attivazione della procedura di ripiano in questione sono rimaste inerti negli anni successivi, lasciando il sistema senza la determinazione delle modalità di calcolo del tetto di spesa regionale, senza certificazione dell'eventuale superamento del tetto di spesa regionale e senza individuazione

delle concrete modalità di applicazione del meccanismo di ripiano mediante lo strumento del *payback*.

4. L'art. 18, d.l. 9.8.2022, n. 115, conv. con modificazioni, in l. 21.9.2022, n. 142 (c.d. decreto aiuti *bis*), è tornato ad occuparsi del *payback*:

- (i) confermando la necessità dell'accertamento del **superamento del tetto massimo fissato alla spesa pubblica nazionale e regionale per l'acquisto di dispositivi medici** per le annualità 2015, 2016, 2017 e 2018, da effettuarsi tramite adozione di un **primo decreto del Ministro della Salute**, da assumersi di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze;
- (ii) demandando all'adozione di un **secondo decreto da parte del Ministero della Salute**, da emanare d'intesa con la Conferenza Stato - Regioni entro 30 giorni dalla data di pubblicazione del precedente decreto ministeriale, la definizione di **“linee guida propedeutiche alla emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018”**;
- (iii) attribuendo alle Regioni ed alle Province autonome di Trento e di Bolzano il compito di individuare - entro 90 giorni dall'adozione del primo dei summenzionati decreti ministeriali - l'elenco delle aziende fornitrici soggette al ripiano per ciascun anno, previa verifica della documentazione contabile acquisita anche per il tramite degli Enti del S.S.R.;
- (iv) imponendo ai fornitori di dispositivi medici l'esecuzione dei pagamenti richiesti dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e Bolzano entro il termine massimo di 30 giorni decorrenti dalla data di pubblicazione dei provvedimenti regionali, con previsione, in caso di inadempimento, della compensazione di tali debiti per acquisti di dispositivi medici dei singoli Enti del S.S.N. *“fino a concorrenza dell'intero ammontare”*.

5. Nel descritto quadro normativo, con il Decreto del 6.7.2022, pubblicato in G.U.R.I., Serie Generale, n. 216 del 15.9.2022, il Ministro della Salute, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, ha **certificato retroattivamente il superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per le annualità 2015, 2016, 2017 e 2018**, indicando la quota di ripiano per ciascuna Regione e quella complessiva nazionale da addebitare alle aziende fornitrici di dispositivi medici, pari a € 416.274.918 per il 2015, a € 473.793.126 per il 2016, a € 552.550.000 per il 2017 e, da ultimo, a € 643.322.535 per il 2018, **per un valore complessivo totale stimato in oltre 2 Miliardi di euro**.

Per quanto interessa, per la Regione Basilicata la quota totale di ripiano posta a carico dei fornitori per il periodo 2015-2018 ammontava ad Euro **9.757.091**.

6. Con successivo Decreto del 6.10.2022, pubblicato in G.U.R.I., Serie Generale, n. 251 del 26.10.2022, il Ministro della Salute ha quindi adottato le attese “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”, demandando alle Regioni e alle Province autonome di Trento e di Bolzano il compito di individuare con proprio decreto da rilasciare **entro il 14.12.2022**:

- (a) l’elenco delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggette al meccanismo del *payback* e gli importi di ripiano da queste dovuti per le annualità 2015-2018, calcolati sulla base dell’incidenza percentuale del fatturato di ciascuna azienda sul totale della spesa per l’acquisto di dispositivi medici a carico del SSR, fino a concorrenza della quota complessiva di ripiano individuata dal Decreto del 6.7.2022, il tutto previa verifica della documentazione contabile acquisita per il tramite degli Enti del Servizio Sanitario Regionale (consultando i modelli di conto economico regionale alla voce BA0210),
- (b) le modalità procedurali per il versamento delle somme dovute dalle aziende fornitrici, da effettuarsi entro 30 giorni dalla pubblicazione del citato decreto sul sito istituzionale regionale o provinciale.

7. Per quanto qui rileva, in violazione del richiamato art. 9-ter, comma 9-bis, dl n. 78/2015 (che avrebbe imposto l’adozione del provvedimento regionale entro il 14 dicembre 2022), la Regione Basilicata non adottava entro le tempistiche prescritte dalla legge alcun provvedimento recante l’elenco delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggette al meccanismo del *payback* e gli importi di ripiano da queste dovuti per le annualità 2015-2018.

Sicché, con atto notificato in data 29 dicembre 2022 e depositato presso il Ministero della Salute in data 3 gennaio 2023, Agilent ha proposto il ricorso straordinario al Capo dello Stato, impugnando tutti i provvedimenti statali “a monte” in epigrafe trascritti. Il ricorso è stato ritualmente trasposto a seguito dell’opposizione dell’odierna controinteressata.

8. Lo scorso 30 marzo 2023, con ritardo rispetto ai termini di legge, la Regione Basilicata, si limitava con la deliberazione n. 207 a pubblicare l’elenco delle aziende operanti nella Regione soggette al meccanismo di *payback*, questa volta senza alcuna indicazione degli importi di ripiano dovuti per le annualità 2015-2018 e conseguente emissione dei bollettini di pagamento.

Solo **con la Deliberazione n. 444 del 28 luglio 2023** (pubblicata sul BUR il successivo 1 agosto 2023, **doc. n. 6**), gravata con il presente ricorso, a distanza di oltre 7 mesi

dalle tempistiche imposte dalla legge, **la Regione ha provveduto alla determinazione degli oneri di ripiano della spesa dovuti da ciascuna delle imprese fornitrici di dispositivi medici, individuando la quota dovuta da Agilent in €73.540,17** (di cui €60.340,95 riferibili alla Agilent ed €13.199,22 riferibili alla Dako).

9. La citata Deliberazione presenta sia vizi di illegittimità derivata sia vizi propri. I primi derivano dall'illegittimità della sequenza di atti e provvedimenti che ne costituiscono la base giuridica, già impugnati con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e ritualmente trasposto in questa sede a seguito di opposizione, che si intende qui integralmente richiamato. I secondi scaturiscono dalla mancata partecipazione della Società al procedimento amministrativo che ha condotto all'odierno provvedimento gravato, ragione per cui si impone la sua impugnazione anche in via autonoma.

10. Non può essere ignorato che nelle more del giudizio, Codesto TAR, con ordinanza n. 5884 del 13.9.2023 ha accolto l'istanza cautelare disponendo la sospensione di tutti i provvedimenti gravati con il ricorso introduttivo, fino alla celebrazione dell'udienza di merito. Ebbene, si ritiene che il medesimo effetto sospensivo debba espressamente essere esteso da Codesto TAR anche alla Deliberazione della Regione Basilicata gravata in questa sede, stante l'imminenza della scadenza della proroga accordata per l'esigibilità delle somme dal d.l. 28 luglio 2023, n. 98 fino al 30 ottobre 2023.

11. Anche i provvedimenti da ultimo impugnati, come quelli gravati dal ricorso introduttivo, sono illegittimi, poiché gravemente lesivi degli interessi della ricorrente nella sua qualità di fornitrice di dispositivi medici a favore degli Enti del S.S.N. (e per quanto qui interessa della Regione Basilicata) che ne richiede con il presente gravame l'annullamento per i seguenti

MOTIVI

Premessa.

In considerazione del fatto che si propone il presente atto provvisto di tutti i requisiti di forma e di sostanza in maniera tale da poter valere anche come ricorso autonomo si estendono e/o ripropongono nei confronti dei provvedimenti impugnati con il presente ricorso - anche - le censure già articolate nel ricorso introduttivo avverso il Decreto interministeriale del 6 luglio 2022, le successive Linee guida di ottobre 2022 nonché gli ulteriori primi atti che hanno dato attuazione al sistema di pay back nel settore dei dispositivi medici la cui illegittimità diviene qui causa di illegittimità derivata dei provvedimenti in questa sede impugnati.

Prima di procedere all'esposizione dei motivi di diritto, è opportuno svolgere talune considerazioni introduttive sui provvedimenti impugnati che risultano affetti, oltre che da autonomi vizi di legittimità, anche da vizi di legittimità derivata, per contrarietà, sia alla Costituzione, sia al diritto dell'Unione Europea ed al Primo Protocollo addizionale alla CEDU, dell'art. 9 *ter*, comma 8, 9 e 9 *bis*, d.l. 19.6.2015, n. 78, conv., con modificazioni, in l. 6.8.2015, n. 125.

Nei **primi quattro motivi** si deducono i vizi propri dai quali gli atti impugnati risultano affetti.

Il **quinto motivo di gravame** è, invece, dedicato all'illegittimità derivata della normativa di settore.

Infine, **gli ultimi due motivi** sono volti a censurare il provvedimento regionale qui gravato con i presenti motivi aggiunti che ha quantificato la quota di ripiano a carico dell'odierna ricorrente, sia per illegittimità derivata dai decreti "a monte" sia per vizi propri in quanto adottato in assenza di qualsivoglia, sia pur minima, garanzia procedimentale.

I. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 17, COMMA 1, LETT. C), D.L. N. 98 DEL 2011. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 9 TER, D.L. N. 78 DEL 2015. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST. E DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA. IRRAGIONEVOLEZZA ED ILLOGICITÀ. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E DI LEGITTIMO AFFIDAMENTO. DISPARITÀ DI TRATTAMENTO.

1. Un primo vizio di legittimità dal quale risultano affetti i provvedimenti impugnati concerne l'individuazione **dei tetti di spesa regionale** effettuata in sede di Conferenza Stato - Regioni con l'Accordo n. 181 del 7.11.2019, richiamato da entrambi i Decreti del Ministero della Salute in contestazione. L'Accordo in parola li ha individuati per gli anni 2015 - 2018 nella misura del 4,4% per l'acquisto di dispositivi medici, **senza dare atto di alcuna preventiva e approfondita attività istruttoria**, come si evince dalla circostanza che l'unico ed indistinto tetto di spesa regionale fissato coincide con quello previsto a livello nazionale dall'art. 15, comma 13, lett. f), d.l. 6.7.2012, n. 95, conv., con modificazioni, in l. 7.8.2012, n. 135 e da ultimo rivisto dall'art. 1, comma 131, lettera b), l. 24.12.2012, n. 228 (Legge di Stabilità 2013), anch'esso determinato senza svolgere alcuna analisi dei fabbisogni dei dispositivi medici da parte degli Enti del S.S.N.

2. Lo stesso Accordo ha individuato **un unico tetto di spesa pari al 4,4% applicabile a tutte le Regioni**, senza operare alcuna distinzione o diversificazione di sorta, ponendosi in contrasto con quanto richiesto espressamente dallo stesso art. 9 *ter*, comma 1,

lett. b) del d.l. n. 78 del 2015, secondo cui la determinazione dei tetti di spesa regionali avrebbe dovuto tenere in debita considerazione anche la quota di offerta sanitaria garantita dalle strutture private operanti in regime di convenzionamento con il S.S.N., sottratte all'applicazione del meccanismo del *payback*. Non può non rilevarsi, in proposito, come l'applicazione di un'unica ed indistinta percentuale per tutte le Regioni, senza considerare la quota del privato convenzionato, abbia ingenerato dei risultati singolari ed inattesi in termini di sfioramento del tetto di spesa delle singole Regioni, che ha senza dubbio un impatto fondamentale nella individuazione delle quote di *payback* che i singoli fornitori, inclusa l'odierna ricorrente, saranno chiamati a versare: vi sono, infatti, Regioni come la Lombardia, il Lazio, la Calabria e la Campania caratterizzate da un'importante componente di offerta privata convenzionata, che ha azzerato di fatto lo sfioramento della spesa sanitaria per dispositivi medici; mentre altre Regioni, nelle quali l'offerta sanitaria è prevalentemente pubblica, come la Toscana, l'Umbria e l'Emilia Romagna, hanno registrato un importante sfioramento. Tale macroscopica differenza non è certo da attribuire ai più elevati livelli di efficienza nella gestione della spesa sanitaria del primo gruppo di Regioni: basti considerare che, a titolo esemplificativo, Lazio e la Campania sono state commissariate nell'arco temporale di riferimento 2015-2018 proprio per l'elevato *deficit* della spesa sanitaria. Essa è piuttosto il risultato, distorsivo, della mancata considerazione della remunerazione delle prestazioni rese dal “*privato in regime di convenzionamento*” e della c.d. “*mobilità sanitaria interregionale*”.

Con riguardo al primo profilo, deve considerarsi che il sistema di remunerazione delle prestazioni sanitarie effettuate dal privato in regime di convenzionamento prevede la corresponsione da parte del S.S.R. del c.d. D.R.G., ovvero di una “tariffa” fissa, predeterminata ed onnicomprensiva per ciascuna prestazione effettuata. Di conseguenza, nel caso in cui per l'esecuzione di una prestazione sanitaria in regime di convenzionamento siano utilizzati dispositivi medici, questi risultano formalmente acquistati dal privato, e quindi il relativo costo non è computabile nel meccanismo del *payback*, pur rimanendo sostanzialmente sono a carico del S.S.N., in quanto il relativo costo viene comunque rimborsato dalla Regione di competenza al privato, nell'ambito generico ed onnicomprensivo del D.R.G., non venendo tale voce di spese pubblica neppure in parte conteggiata nell'ambito degli “acquisti di dispositivi medici”.

Quanto al fenomeno della c.d. “*mobilità sanitaria interregionale*”, al quale i provvedimenti impugnati parimenti non hanno dato alcun rilievo, esso si verifica in tutti quei casi nei quali un soggetto assistito dal S.S.R di una certa Regione si reca per ottenere una

prestazione sanitaria in una Regione diversa. In tal caso sorge “la necessità di compensare i costi sostenuti per prestazioni rese a cittadini provenienti da ambiti regionali diversi. Infatti, la spesa relativa alle prestazioni sanitarie offerte ai non residenti è, inizialmente, a carico delle Regioni in cui sono ubicate le strutture che erogano l'assistenza; solo in un secondo momento intervengono i rimborsi delle altre Regioni da cui provengono i pazienti assistiti, corrisposti a consuntivo e dopo un'operazione di compensazione che, data la sua complessità, è disciplinata da appositi accordi approvati dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome” (Corte Cost., n. 233 del 9.11.2020). In attuazione di quanto previsto dall'art. 8 *sexies*, comma 8, d.lgs. n. 502/1999, alla fine del 1993 la Conferenza Stato-Regioni ha fissato le regole in base alle quali effettuare la compensazione della mobilità sanitaria stabilendo che le prestazioni vadano rimborsate sulla base di tariffe uniche valide per tutte le Regioni.

I dati sulla mobilità sanitaria interregionale sono stati di recente diffusi per il periodo 2017 - 2021 da Agenas e pubblicati sul proprio sito internet in un apposito portale statistico, del quale si riporta, a titolo esemplificativo, la schermata relativa all'anno 2017:



Ebbene, il meccanismo del *payback*, nella determinazione dei tetti di spesa e nell'identificazione della spesa rilevante per dispositivi medici non tiene minimamente conto della mobilità sanitaria interregionale e, in particolare, della circostanza per la quale diverse Regioni acquistano dispositivi che vengono utilizzati nello svolgimento di prestazioni sanitarie a favore di soggetti provenienti da altre regioni, che rimborseranno alle prime il costo onnicomprensivo delle prestazioni eseguite, e quindi anche quello dei dispositivi utilizzati per la loro esecuzione. Ne consegue che la quota parte del rimborso ottenuto dalla Regione che ha effettuato la prestazione non viene imputata in detrazione del costo sostenuto per l'acquisto dei dispositivi medici utilizzati nella prestazione, cosicché gli stessi, ai fini del

payback, risultano formalmente acquistati dalla Regione in mobilità “attiva”, anche se sostanzialmente a carico di quella in mobilità “passiva”.

Basti esaminare, a titolo esemplificativo, il caso della Regione Emilia Romagna, la quale - come risulta dalla tabella sopra riportata - risulta essere fra quelle che cura più pazienti provenienti da altre Regioni italiane. Nell'anno 2017 tale Regione presenta un costo complessivo per l'acquisto di dispositivi medici per circa € 444 milioni ed uno scostamento - in valore assoluto - per circa € 78 milioni. Tale importo è riferibile, per la maggior parte o forse per la sua totalità, all'acquisto di dispositivi medici destinati ad essere utilizzati in prestazioni sanitarie rese a favore di pazienti provenienti da altre Regioni. Ne deriva che l'Emilia-Romagna (insieme a quelle con un saldo positivo di mobilità interregionale) si vedrebbe ripianati attraverso il meccanismo del *payback*, come attualmente strutturato, costi per l'acquisto di dispositivi medici che in larga misura sono stati (o saranno) rimborsati dalle Regioni con preponderanza di mobilità “passiva”.

Data l'entità dei numeri rappresentati, è ragionevole supporre che alcune Regioni non avrebbero sfiorato il tetto di spesa se non si fosse tenuto conto degli acquisti di dispositivi medici utilizzati per l'esecuzione di prestazioni sanitarie a pazienti di altre Regioni. Allo stesso modo, se i costi per l'acquisto dei dispositivi medici utilizzati per prestazioni rese in mobilità “attiva” fossero stati correttamente imputati alle Regioni di provenienza dei beneficiari, alcune fra quelle che non risultano aver “sfiorato” (ad es. Campania e Calabria, che risultano tra quelle con la più alta mobilità “passiva”) avrebbero sicuramente conseguito un risultato diverso e - altrettanto verosimilmente - sarebbero risultate tra quelle che hanno superato il tetto di spesa per il 2017.

3. Sotto altro non meno rilevante aspetto il calcolo svolto per accertare il superamento del tetto di spesa regionale per l'acquisto dei dispositivi medici è **erroneo a causa del mancato scorporo** dalla spesa complessiva del periodo dal 2015 al 2018 del costo dei servizi associati alla fornitura dei dispositivi in parola.

Come è noto, le procedure di gara finalizzate all'acquisizione di dispositivi medici sono caratterizzate molto spesso da un oggetto contrattuale misto: alla fornitura dei dispositivi medici è infatti abbinata la prestazione di vari servizi di assistenza, manutenzione e formazione del personale nell'utilizzo dei dispositivi oggetto di acquisizione, gestione della fornitura in regime di conto deposito. Orbene, in data anteriore al 2019 la fatturazione nell'ambito di tali contratti pubblici non prevedeva assolutamente lo scorporo della voce di costo del dispositivo da quella del servizio offerto, con la conseguenza che lo sfioramento del tetto di spesa è stato certificato per le annualità dal 2015 al 2018 dal Ministero della Salute

sulla base di dati non corretti e, quindi, non attendibili, in quanto frutto di un'attività istruttoria superficiale e lacunosa. Ne deriva l'illegittimità dell'Accordo in contestazione, per violazione di legge ed eccesso di potere, sotto il profilo della irragionevolezza, illogicità, difetto di proporzionalità e per difetto istruttorio.

II. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 17, COMMA 1, LETT. C), D.L. N. 98 DEL 2011. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 9 TER, D.L. N. 78 DEL 2015. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 1375 C.C. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 41 COST. E DEL PRINCIPIO DI LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST. E DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA. FALSITÀ DEL PRESUPPOSTO. IRRAGIONEVOLEZZA ED ILLOGICITÀ. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ, DI LEGITTIMO AFFIDAMENTO E DI CERTEZZA DEL DIRITTO.

I provvedimenti impugnati e, in particolare, l'Accordo n. 181 del 7.11.2019, sono illegittimi per avere fissato un tetto unico ed indistinto di spesa sanitaria regionale per l'acquisto di dispositivi medici con grave ritardo, vale a dire **a distanza di oltre 4 anni** dall'entrata in vigore dell'art. 9 *ter*, d.l. n. 78 del 2015 ed imponendone **l'applicazione in via retroattiva** agli anni 2015, 2016, 2017 e 2018. Ciò comporta per le aziende fornitrici l'applicazione di un gravoso onere economico "ora per allora", senza che sia stata condotta un'adeguata ed approfondita attività istruttoria, ma soprattutto senza che l'azienda potesse prevedere la decurtazione forzata del proprio fatturato, non essendo né assegnataria di un proprio *budget*, né in possesso dei dati di monitoraggio della spesa per consentirle di programmare la propria attività imprenditoriale e, quindi, la propria partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica nella consapevolezza dell'assunzione dell'onere di contribuzione al ripiano dello sfioramento del tetto di spesa per l'acquisto dei dispositivi medici. L'odierna ricorrente, si è così vista tardivamente e retroattivamente applicare il *payback* sul valore del fatturato maturato per le forniture di dispositivi medici effettuati nel periodo 2015 - 2018 a favore degli Enti del S.S.N. in forza di contratti d'appalto pubblici stipulati per la maggior parte in data anteriore al 2015 e in buona parte già eseguiti, malgrado la stessa si sia correttamente attenuta alle regole del confronto concorrenziale fissate dalla Stazione appaltante. Il meccanismo di ripiano dello sfioramento della spesa per i dispositivi medici, oltre a non essere conosciuto, non era neppure prevedibile al momento della formulazione dell'offerta in gara in ragione dell'individuazione postuma sia dei tetti di spesa regionale (intervenuta soltanto nel 2019) che della certificazione del loro sfioramento da parte

del Ministero della Salute (settembre 2022), ma anche e soprattutto per effetto della mancata: (i) istituzione nel settore dei dispositivi medici di un Ente nazionale deputato alla raccolta, analisi ed elaborazione a livello centralizzato dei dati della spesa per l'acquisto di dispositivi medici, come accade nel diverso settore dei farmaci; (ii) assegnazione di un *budget* di fatturato alle imprese operanti nel settore dei dispositivi medici, idoneo a consentire al fornitore di programmare la propria partecipazione alle gare ed essere, quindi, consapevole, in caso di superamento del proprio *budget*, della necessità di dover concorrere al ripiano dell'eventuale sforamento della spesa sanitaria regionale; (iii) previsione e realizzazione di sistemi di controllo e monitoraggio della spesa sanitaria regionale. Il postumo annullamento della remuneratività delle commesse eseguite a favore degli Enti del S.S.N. nel periodo 2015 - 2018 renderà anche per il futuro impossibile alle aziende fornitrici effettuare tale valutazione, con il rischio di chiusura o di ammissione alla liquidazione giudiziale delle aziende del settore che in misura preponderante sono costituite da micro, piccole e medie imprese produttrici e/o distributrici di dispositivi medici, con un danno destinato a colpire l'intera filiera e ricadute negative sia in termini occupazionali, sia in termini di qualità delle prestazioni sanitarie garantite da S.S.N..

La giurisprudenza, con orientamento consolidato e del tutto pertinente alla *res controversa*, ritiene la tardiva individuazione dei tetti di spesa con efficacia retroattiva "in linea di principio" legittima **soltanto a condizione che le Regioni, nell'esercizio della loro potestà programmatica, tengano in debita e necessaria considerazione le legittime aspettative degli operatori privati che ispirano le loro condotte ad una logica imprenditoriale.** È imprescindibile, quindi, un bilanciamento tra le esigenze di equilibrio finanziario delle Regioni e l'interesse degli operatori privati "ad agire con una logica imprenditoriale sulla base di un quadro, nei limiti del possibile, certo e chiaro circa le prestazioni remunerabili e le regole applicabili" (Ad. Plen., 12.4.2012, nn. 3 e 4; Cons. Stato, sez. V, 11.4.2010, n. 5632). Mutuando tali principi, è di tutta evidenza la mancanza di un "quadro certo e chiaro circa le prestazioni remunerabili e le regole applicabili", in spregio palese dei principi di legittimo affidamento, certezza dei rapporti giuridici, buona fede nell'esecuzione contrattuale e della libertà di iniziativa economica.

Per di più, nella specie, non risulta attivato alcun "*percorso istruttorio, ispirato al principio della partecipazione*", che abbia in qualche modo garantito l'equilibrato bilanciamento dei diversi interessi in contrapposizione.

Da ultimo, va rilevato come, nella specie, non sussistano neppure i presupposti dell'emergenza straordinaria, che possano giustificare l'obbligo di ripiano a distanza di

almeno sette anni dall'entrata in vigore della normativa di riferimento (art. 9 *ter*, d.l. n. 78 del 2015), non essendovene traccia in alcuno dei provvedimenti impugnati.

III. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 9 TER, COMMA 8, D.L. N. 78 DEL 2015. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST. E DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA E TRASPARENZA. IRRAGIONEVOLEZZA ED ILLOGICITÀ. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ, DI LEGITTIMO AFFIDAMENTO E DI CERTEZZA DEL DIRITTO. DISPARITÀ DI TRATTAMENTO.

1. Né il decreto “superamento” (DM 6.7.2022), né le Linee Guida (DM 6.10.2022), contengono alcuna specifica indicazione metodologica sui criteri applicati per quantificare la spesa complessiva delle Regioni per acquisto di dispositivi medici. Il decreto “superamento” contiene in allegato delle semplici tabelle, che riportano i dati di sfioramento per singola Regione per ciascuno degli anni di riferimento, senza chiarire quale metodologia di calcolo o quale *iter* logico sia stato seguito per accertare l'entità dello sfioramento. L'illegittimità di tale *modus operandi* è ancor più evidente se si considera il fatto che nelle premesse delle Linee Guida si legge che “*l'attività di riconciliazione, da parte degli enti del SSN, tra il fatturato dei singoli fornitori relativo ai dispositivi medici ed i valori contabilizzati nel modello CE di ciascun anno 2015-2018 ... ha comportato un lungo contraddittorio con le regioni e le province autonome teso a riconciliare i dati di fatturato con quelli risultanti dai CE consolidati regionali iscritti alla voce «BA0210»*”, senza, tuttavia, fornire alcuna evidenza di detto lungo contraddittorio. L'assenza di documenti ed elementi idonei a ricostruire l'*iter* seguito per la quantificazione della spesa complessiva su base regionale per l'acquisto di dispositivi medici non consente parimenti di verificare un altro elemento cruciale del meccanismo in contestazione, vale a dire se dall'importo in questione sia stata decurtata la quota dei servizi effettuati dagli Enti del S.S.R.. Le fatture di acquisto di dispositivi medici includono infatti anche una componente relativa ai servizi che sono forniti dall'Amministrazione in maniera accessoria rispetto alla prestazione principale, costituita dalla fornitura dei dispositivi. Sarebbe stato, dunque, onere delle Amministrazioni coinvolte identificare per ciascuna transazione la componente riferita ai servizi e scorporarla dal valore complessivo del totale della spesa considerata nelle tabelle allegate al decreto “superamento”. Nel caso in cui tale operazione non fosse stata effettuata - e per appurarlo è necessario acquisire la documentazione del procedimento istruttorio - si sarebbe al cospetto di una palese ulteriore violazione di legge, in quanto, anche nella sua versione originaria, la normativa in materia di

payback imponeva che lo sfioramento dovesse riguardare esclusivamente gli acquisti di dispositivi medici e non anche dei servizi forniti a titolo accessorio.

1.2 Va altresì censurata l'insufficienza e la superficialità dei contenuti ricompresi nel Decreto del Ministro della Salute 6 ottobre 2022. Le Linee Guida adottate dal Ministero della Salute si limitano a riprodurre la laconica formula della normativa di riferimento, segnalando che gli Enti del S.S.N. dovranno effettuare *“la ricognizione delle fatture correlate ai costi iscritti alla voce BA0210”* e che dovranno calcolare il fatturato annuo di ciascun fornitore *“al loro dell’IVA”*, sommando gli importi delle fatture emesse da ciascuna azienda nel periodo di riferimento 2015 - 2018. Si tratta di indicazioni scarse, imprecise e insufficienti a fornire indicazioni circa le modalità operative alle quali attenersi per procedere in concreto con il ripiano dello sfioramento della spesa in vista, poi, dell'adozione dei provvedimenti regionali di recupero (art. 9 *ter*, comma 9 *bis*, d.l. n. 78 del 2015). La carenza dalla quale risultano affette le impugnate Linee Guida appare di tutta evidenza se confrontate con i contenuti della circolare del Ministero della Salute 26.2.2020 (doc. 6), che ha puntualmente dettato per le annualità a partire dal 2019 in avanti degli indirizzi molto precisi agli Enti del S.S.N. in ordine ai singoli dispositivi medici da contabilizzare, con esemplificazioni e raccomandazioni in grado di guidare i destinatari della previsione nell'operazione di calcolo.

1.3 Occorre, infine, osservare come i provvedimenti impugnati siano affetti da un ulteriore vizio di legittimità, nella parte in cui hanno previsto che il fatturato annuo di ciascun fornitore dovrà essere calcolato *“al lordo dell’IVA”* (art. 3, comma 2, Linee Guida di cui al D.M. 6.10.2022). La disposizione in parola è priva di base normativa. Negli atti impugnati si dice *“per gli anni 2015-2018 il calcolo dello scostamento”* va effettuato *“facendo ... riferimento al disposto normativo di cui al previgente comma 8 dell’art. 9 ter del decreto legge 78/2015 rimasto in vigore fino a tutto l’anno 2018”* (cfr. p. 2 del Decreto ministeriale del 6.7.2022, come pure le premesse delle Linee Guida). Ma il comma 8, nella versione applicabile *ratione temporis*, non fa alcun riferimento all’IVA (richiamata espressamente solo nella versione del comma 8 attualmente vigente, quella introdotta per effetto delle modifiche apportata dalla l. n. 145 del 2018, che, però, stando agli atti impugnati, non trova applicazione al caso di specie).

Violato è altresì il principio di neutralità dell’IVA: per poter vendere il dispositivo medico a un determinato prezzo l'azienda fornitrice ha già pagato l’IVA ai suoi fornitori e la stessa imposta le è stata restituita nel pagamento finale del dispositivo effettuato dall’Ente. Ne consegue che il calcolo del fatturato avrebbe dovuto essere previsto al netto dell’IVA, e non al lordo, perché in tal modo si determina una maggiorazione dell’obbligo di ripiano, anche senza considerare che l'operatore ha già regolarmente versato le imposte dovute.

Depone in tal senso anche la risposta a interpello n. 73 del 21.2.20 dell'Agenzia delle Entrate, con la quale, nel fornire chiarimenti in tema di detrazione IVA per l'ipotesi di *payback* farmaceutico, l'amministrazione ha chiarito che “*nel caso di versamenti da parte delle aziende farmaceutiche per sfioramento del tetto della spesa farmaceutica territoriale (...) e per quella ospedaliera (...), le stesse aziende possono portare in detrazione l'IVA scorporandola dagli importi da versare a titolo di payback?*”.

Sempre in punto di IVA, le Linee Guida non tengono conto che i dispositivi medici sono assoggettati ad aliquote diverse a seconda della tipologia (4, 10 e 22%): la mancata considerazione di tale aspetto determina una ulteriore sperequazione del sistema, poiché vi sono fornitori che applicano l'aliquota più bassa e quelli che invece scontano la più alta. È evidente, quindi, che il calcolo del fatturato annuo di ciascuna azienda, la cui incidenza percentuale sul totale della spesa sanitaria è funzionale alla quantificazione dell'obbligo di ripiano, non avrebbe dovuto tenere conto dell'IVA. Due operatori economici che scontano aliquote IVA diverse, infatti, a parità di fatturato netto verranno chiamati a partecipare al ripiano in misura differente in ragione della diversità della base di calcolo del *payback* considerata al lordo dell'IVA.

IV. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN MATERIA CONCORSUALE, COME ENUNCIATI DALL'ART. 30, D.LGS. N. 50 DEL 2016, ED IN PARTICOLARE DI QUELLI DI CORRETTEZZA, DI LIBERA CONCORRENZA, DI NON DISCRIMINAZIONE, DI TRASPARENZA E DI PROPORZIONALITÀ. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 95, 97 E 106, D.LGS. N. 50 DEL 2016. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 1375 C.C. VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST. E DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLEZZA ED ILLOGICITÀ. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ, DI LEGITTIMO AFFIDAMENTO E DI CERTEZZA DEL DIRITTO.

Gli atti impugnati sono illegittimi anche perché il meccanismo del *payback* andrà ad incidere inevitabilmente sul fatturato maturato dalla ricorrente a titolo di corrispettivo per le forniture di dispositivi medici regolarmente eseguite a favore degli Enti del S.S.N., scardinando le regole che presiedono sia al regolare svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica finalizzate alla selezione del contraente della P.A., sia al rapporto contrattuale che si instaura tra le parti contraenti. I dispositivi medici sono acquisiti dai singoli Enti del S.S.N. all'esito delle procedure di gara ad evidenza pubblica ai sensi del d.lgs. n. 50 del 2016. La partecipazione ad una gara d'appalto pubblica richiede l'accettazione incondizionata da parte del concorrente delle prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara elaborate unilateralmente

dalla Stazione appaltante, per la definizione e la gestione del confronto concorrenziale. Elemento cardine della gara è l'importo a base d'asta, rispetto al quale ai concorrenti è chiesto di formulare un'offerta migliorativa, che dovrà tuttavia - **per legge** - risultare remunerativa, pena l'esclusione dalla gara. A tale accertamento è dedicato il procedimento di verifica dell'anomalia, nell'ambito del quale l'Ente appaltante acquisisce dal concorrente gli elementi idonei a dimostrare che il prezzo è congruo e sostenibile rispetto alle condizioni di mercato e, pertanto, consente al fornitore, in caso di aggiudicazione, di maturare un utile dalla gestione della commessa. La rigidità dell'impostazione sia delle regole di svolgimento del confronto concorrenziale che delle condizioni tecniche ed economiche della fornitura è bilanciata dalla necessaria **stabilità e certezza del regolamento negoziale** tra l'aggiudicatario e l'Ente del S.S.N. beneficiario della fornitura. In un siffatto contesto, pretendere di applicare oggi il *payback* sul fatturato maturato dal fornitore di dispositivi medici nell'arco temporale 2015 - 2018 a distanza di ben 7 anni dall'esecuzione di dette forniture, significa - di fatto - privare di certezza e stabilità sia le regole dell'evidenza pubblica, sia le regole del rapporto negoziale sul quale il fornitore ha fatto legittimo affidamento, **entrambe vanificate ex post**. Infatti, gli atti gravati privano, unilateralmente e imprevedibilmente, l'offerta economica formulata dal concorrente nel contesto della procedura selettiva di quella - già modesta - utilità che il fornitore aveva inteso ritrarre dall'esecuzione della commessa. Sotto questo aspetto, il meccanismo del *payback*, incidendo in senso negativo e retroattivamente sulla convenienza economica del rapporto di fornitura in essere con gli Enti del S.S.N., si pone in aperto contrasto con un sistema normativo rigidissimo nell'imporre all'aggiudicatario stringenti vincoli in sede di formulazione dell'offerta e di esecuzione del contratto.

Non solo. Le forniture di dispositivi medici - lo si ricorda - sono incentrate per la quasi totalità sulla formula contrattuale della somministrazione, poiché i quantitativi di prodotti oggetto di fornitura previsti in sede di gara dalla stazione appaltante sono sempre presuntivi e mai effettivi, essendo gli stessi stimati nella *lex* di gara ai fini dell'omogeneità del confronto concorrenziale e mai come oggetto definito del futuro contratto di somministrazione. Di conseguenza, l'operatore economico non può in alcun modo sottrarsi all'evasione degli ordinativi effettuati dall'Ente del S.S.N. beneficiario della fornitura in corso di esecuzione contrattuale, neppure nell'ipotesi in cui i quantitativi stimati in sede di gara vengano raggiunti e anche abbondantemente superati. Pena (oltre che la violazione del regolamento contrattuale) l'esposizione al rilevante rischio di essere denunciato per commissione del reato di interruzione di pubblico servizio di cui all'art. 340 c.p. o, ancora, di inadempimento di contratti di pubbliche forniture di cui all'art. 355 c.p.

V. ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 9 TER, COMMI 8, 9 E 9 BIS, D.L. 19.6.2015, N. 78, CONV., CON MODIFICAZIONI, IN L. 6.8.2015, N. 125, PER VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 23, 32, 41, 42, 53 E 117, COMMA 1, COST. QUEST'ULTIMO IN RELAZIONE ALL'ART. 1 DEL PRIMO PROTOCOLLO ADDIZIONALE ALLA CEDU E ALL'ART. 17 DELLA CARTA FONDAMENTALE DEI DIRITTI DELL'UE.

1. Le criticità denunciate fin qui portano a sollevare molteplici eccezioni di incostituzionalità all'indirizzo della normativa che ha delineato il meccanismo del *payback*.

1.1 Illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 23 Cost.

La normativa indicata in rubrica, nel prevedere a carico dei fornitori di dispositivi medici l'obbligo di concorrere al ripiano del superamento dei tetti di spesa regionali, introduce una **prestazione patrimoniale imposta** che, oltre ad essere priva di ragionevolezza e proporzionalità, appare incentrata su un carattere permanente e perpetuo della misura introdotta. Il contrasto con gli artt. 3 e 23 Cost. è di tutta evidenza alla luce della giurisprudenza costituzionale formatasi in materia di prestazioni patrimoniali imposte *ex art.* 23 Cost., poiché le disposizioni dell'art. 9 *ter*, comma 8 (nella versione *ratione temporis* applicabile come indicato, sia nel "*considerato*" del Decreto ministeriale del 6.7.2022 sul superamento dei tetti di spesa regionali, sia nelle successive Linee guida approvate dal Ministero della Salute con Decreto del 6.10.2022), 9 e 9 *bis*, d.l. n. 78 del 2015 non rispettano i presupposti e le condizioni essenziali che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha ritenuto imprescindibili per la legittimità di tali scelte di politica legislativa. Prima fra tutte, occorre citare la sentenza della Corte costituzionale n. 279 del 7.7.2006, con la quale la Corte si è pronunciata sulla legittimità costituzionale dell'art. 48, comma 5, lett. f), d.l. n. 269 del 2003, e dell'art. 1, comma 3, d.l. n. 156 del 2004, che aveva introdotto un meccanismo di concorso al ripiano dello sfioramento dei tetti di spesa sanitaria per la fornitura di farmaci agli Enti del S.S.N. imperniato sullo strumento dell'obbligo di sconto a valere sulla quota di utile spettante ai produttori. In quel contesto, la Corte ha ritenuto legittima la normativa in questione, incentrando il proprio convincimento su due elementi, costituiti dal fatto che lo sconto, in quanto prestazione patrimoniale imposta, risultava sufficientemente predeterminato dalla legge (art. 23 Cost.) e dall'ulteriore circostanza di fatto rappresentata dalla temporaneità della misura imposta, collegata alla occasionale e transitoria necessità di ripianamento dello scostamento rispetto alla spesa programmata. Anche nella successiva sentenza della Corte n. 70 del 7.4.2017 la condizione della **temporaneità della prestazione patrimoniale imposta è stata ritenuta elemento imprescindibile per la legittimità costituzionale della normativa in quella sede in contestazione.** La Corte ha dichiarato

infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 3, lett. a), d.l. n. 159 del 2007, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui la norma in questione ha imposto che l'obbligo di ripianare il superamento del tetto della spesa farmaceutica imputabile al fondo aggiuntivo per l'acquisto di farmaci innovativi fosse posto a carico di tutte le case farmaceutiche titolari di AIC, in proporzione ai rispettivi fatturati relativi ai medicinali non innovativi coperti da brevetto. Tale norma ha operato un *“bilanciamento tra le esigenze di diffusione e promozione dell'innovazione farmaceutica – e quindi di tutela della salute pubblica – e quelle di razionalizzazione e contenimento della spesa sanitaria è realizzato dalla disposizione censurata attraverso una compressione dei margini ricavabili dalle aziende produttrici di farmaci non innovativi coperti da brevetto”* non irragionevole, poiché ha obbligato le aziende produttrici di farmaci non innovativi coperti da brevetto *“a contribuire ad un sistema, quello della rimborsabilità dei farmaci erogati dal SSN, dal quale esse stesse ricavano indubbi benefici”*. Ebbene, l'incidenza dell'onere imposto a tali aziende è stata ritenuta dalla Corte ragionevole anche e soprattutto in ragione della **temporaneità** della scelta adottata, atteso che *“l'evoluzione legislativa circa la distribuzione dell'onere di ripianamento – se rende evidente la maggiore gravosità della disposizione censurata rispetto ad altre soluzioni possibili – ne sottolinea, tuttavia, la temporaneità. Infatti, le modalità di partecipazione delle aziende farmaceutiche al ripianamento della spesa sono state ripetutamente modificate, attraverso interventi legislativi che ne hanno rimodulato i relativi criteri, realizzando una nuova distribuzione delle risorse e un alleggerimento del contributo posto a carico delle imprese titolari di AIC per farmaci non innovativi”*.

Ebbene, a differenza delle norme scrutinate dal Giudice delle Leggi nelle pronunce richiamate, è evidente come l'art. 9 *ter*, commi 8, 9 e 9 *bis*, d.l. n. 78 del 2015 sia privo non solo del carattere sufficientemente determinato della prestazione imposta, ma anche e soprattutto della sua temporaneità. Basti considerare, con riguardo al **primo dei due presupposti** - vale a dire quello connesso all'insufficiente **predeterminazione della prestazione imposta** dalla norma di legge - come la fissazione dei tetti di spesa e delle modalità di riparto del loro superamento siano state lasciate “in bianco” dalle norme in esame e completamente rimesse alla discrezionalità delle Amministrazioni intimate coinvolte nella individuazione di tali contenuti. Ciò si pone in netto contrasto con l'art. 23 Cost., dato che, per soddisfare la riserva di legge ivi prevista, è **imprescindibile** che *“la concreta entità della prestazione imposta sia chiaramente desumibile dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione”* (tra le tante, Corte cost., 14.7.2007, n. 190 e Corte cost., 1.4.2003, n. 105).

Venendo al **secondo profilo**, connesso alla **temporaneità della misura**, deve rilevarsi come l'obbligo imposto alle aziende fornitrici di dispositivi medici di concorrere al

ripiano sia stato stabilito dal comma 9 dell'art. 9 ter, d.l. n. 78 del 2015 nella misura pari a “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”; mentre il comma 8 del medesimo art. 9 ter, d.l. n. 78 del 2015, come sostituito dall'art. 1, comma 557, l. n. 145 del 2018, ha previsto che il superamento del tetto di spesa a livello nazionale e regionale 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” ed ancora che “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”. Non vi è dubbio, pertanto, che il meccanismo di ripiano dello sfioramento del tetto di spesa per l'acquisto dei dispositivi medici incentrato sul *payback* previsto dalla normativa in contestazione possieda tutti i caratteri della stabilità, anziché della temporaneità, del tutto scollegata da esigenze transitorie ed occasionali di ripianamento dello scostamento rispetto alla spesa programmata e senza alcuna scadenza temporale. L'art. 9 ter, d.l. n. 78 del 2015 ha introdotto un sistema non riconducibile ad una situazione emergenziale, configurandolo al contrario come un meccanismo perpetuo da utilizzare come strumento ordinario e perenne per imporre unilateralmente ed in maniera illogica ed irragionevole l'obbligo alle aziende fornitrici di dispositivi medici di concorrere al ripiano della spesa sanitaria in caso di sfioramento del tetto di spesa.

Le caratteristiche del sistema delineato dalla normativa in questione si pone, quindi, in evidente contrasto con il generale principio applicabile in materia di obblighi di contribuzione delle Regioni alla finanza pubblica sancito dalla giurisprudenza costituzionale secondo il quale le misure di contenimento disposte dallo Stato devono necessariamente rispettare il principio della “*transitorietà*” e “*presentare il carattere della temporaneità*” (Corte cost., 133/2018).

In conclusione, la normativa in contestazione, avendo carattere permanente ed ordinario a far data dal 2015, debba ritenersi contraria all'art. 23 Cost., imponendo ai fornitori di dispositivi medici una prestazione patrimoniale, non giustificata da situazioni contingenti o straordinarie, vale a dire le uniche ad ammettere, come sancito dalla Corte costituzionale ammette, misure di contribuzione.

1.2 Illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 41 Cost.

L'obbligo imposto di contribuire al ripiano costituisce una irragionevole, sproporzionata e stabile limitazione della libertà d'iniziativa economica privata tutelata dall'art. 41 Cost., tenuto conto dell'eccessiva onerosità degli importi richiesti.

La giurisprudenza costituzionale insegna che lo scopo di lucro - e, quindi, la prospettiva di reddito - è elemento strettamente connaturato all'esercizio dell'attività

imprenditoriale e le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata non possono mai essere tanto gravose da ledere il contenuto minimo essenziale di tale diritto di libertà, anche quando la compressione è giustificata dalla tutela di altri valori costituzionalmente garantiti (Corte cost., 28.7.1993, n. 356).

La circostanza che la norma in esame non abbia determinato i contenuti essenziali della prestazione patrimoniale imposta ex art. 23 Cost., unitamente alla tardiva e retroattiva determinazione dei tetti di spesa e delle modalità operative di riparto rappresentano un irragionevole ostacolo all'esercizio del diritto d'iniziativa economica, trattandosi di circostanze che impediscono all'imprenditore di programmare la propria attività, di valutare le scelte e le iniziative da assumere, di maturare un giudizio sulla sostenibilità dell'attività di impresa. Incidendo il meccanismo di ripiano contestato su valutazioni e strategie già compiute, l'impresa si trova nella condizione di non potere in alcun modo intervenire per modificare la propria linea di azione ed è costretta a subire passivamente le conseguenze, onerosissime, di scelte unilaterali imposte autoritativamente *ex post*.

In proposito, con sentenza della Sezione III *Quater* del 13.5.2015, n. 6869, il TAR Lazio ha individuato il punto di equilibrio tra l'esigenza del contenimento della spesa sanitaria e la libertà di impresa, ancorché in materia di *payback* sui farmaci, precisando che: "il "**sistema delineato dal legislatore**" è "**rispettoso delle scelte imprenditoriali laddove fondato sulla possibilità, per le aziende coinvolte, di valutare e orientare l'attività di impresa in relazione alla preventiva individuazione dei presupposti applicativi e, cioè, ai dati relativi: - alla complessiva spesa farmaceutica; - al tetto individuato ex lege; - al budget assegnato a ciascuna azienda**". Infatti, solo la **preventiva determinazione del tetto di spesa e l'assegnazione di un budget a favore dell'azienda fornitrice pone quest'ultima nelle "condizioni di valutare - con scelta imprenditoriale - il rischio di impresa e, conseguentemente, l'opzione di prendere o meno parte alla fornitura in relazione al proprio budget"**.

Anche l'Adunanza Plenaria - come già illustrato nei precedenti motivi di gravame - pur avendo riconosciuto la legittimità della determinazione tardiva con efficacia retroattiva dei tetti di spesa in ambito sanitario (Ad. Plen., 12.4.2012, nn. 3 e 4), ha preteso la necessità di un temperamento tra la tardiva fissazione dei tetti di spesa e le legittime aspettative del fornitore, che agisce seguendo logiche imprenditoriali, e richiedendo quindi che l'operatore debba in ogni caso essere posto in condizione di programmare la propria attività di impresa in un contesto "*certo*" e "*chiaro*" sulle regole applicabili e le prestazioni remunerabili. Appare evidente, invece, come lo strumento del *payback* applicato al settore dei dispositivi medici non consenta affatto alla singola azienda fornitrice - non beneficiaria di alcun *budget* di fatturato e

priva di qualsiasi ulteriore dato di riferimento sulla spesa sanitaria - di orientarsi nelle proprie scelte imprenditoriali, impedendole di concorrere consapevolmente ed attivamente, ancorché in via indiretta, nella gestione del rispetto del tetto di spesa, che, peraltro, nel settore in esame è mancato per tutto il periodo 2015-2019.

Insomma, si accollano al settore privato carenze di programmazione e di gestione della spesa pubblica che dipendono unicamente dall'Amministrazione.

Il tutto, senza neppure considerare che sui corrispettivi incassati per le prestazioni già eseguite nel periodo di riferimento 2015 - 2018 i fornitori hanno anche già pagato le tasse dovute allo Stato!

1.3 Illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 42 e 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 1 del Primo Prot. add.le CEDU e all'art. 17 della Carta fond.le dei diritti dell'UE.

L'art. 1, del Primo Protocollo addizionale alla CEDU stabilisce 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 utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”*.

Da tempo la Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato che la nozione di “beni” e di “proprietà” hanno una loro natura e connotazione autonoma rispetto a quella eventualmente fornita dalla legislazione dei singoli Stati aderenti alla Convenzione ed hanno una portata applicativa molto più ampia. Nella definizione di “beni”, infatti, rientrano anche i crediti, in relazione ai quali il ricorrente può sostenere di avere almeno una *“aspettativa legittima”* di ottenere l'effettivo godimento del diritto di proprietà (si vedano, sul punto, i precedenti richiamati nel ricorso introduttivo).

L'art. 9 *ter*, d.l. n. 78 del 2015, nell'imporre un prelievo coattivo di ricchezza maturato, anche nella forma del credito, oltre a porsi in contrasto con gli artt. 42 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU e all'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, integra una concreta ed effettiva lesione al principio del legittimo affidamento e della certezza delle situazioni giuridiche, definito dalla Corte costituzionale quale *“fondamentale valore di civiltà giuridica, connotato allo Stato di diritto”* (Corte cost., 4.7.2013, n. 170) e tutelato a livello, sia nazionale, sia europeo.

1.4 Illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 3 e 53 Cost.

I profili di illegittimità costituzionale in precedenza eccepiti hanno rilievo anche alla luce dell'art. 53 Cost., poiché, nel determinare una prestazione patrimoniale imposta nella forma di un prelievo coattivo di ricchezza, la norma in contestazione ha di fatto introdotto

un regime tributario speciale e irragionevolmente peggiorativo per le aziende fornitrici di dispositivi medici, con un'imposizione che: a) non colpisce né i redditi, né i patrimoni, né i consumi; b) non è in alcun modo informata a criteri di progressività; c) non è predeterminata a livello legislativo nei suoi elementi essenziali e non è il frutto del "*bilanciamento tra le esigenze finanziarie della collettività*" e le ragioni dell'azienda fornitrice dei dispositivi medici, nella sua veste di contribuente (Corte cost., 15 marzo 1996, n. 73).

1.5 Illegittimità costituzione della norma per violazione dell'art. 3, 9 e 32 Cost.

Ai profili di illegittimità costituzionale già illustrati occorre aggiungere quello connesso alla violazione degli artt. 3, 9 e 32 Cost., considerato che i ricavi della fornitura di dispositivi medici costituiscono uno strumento necessario ed indispensabile per il finanziamento della ricerca scientifica, a garanzia tanto del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., che dell'art. 9 Cost., secondo il quale "*la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica*". L'imposizione dell'obbligo di concorrere *ex post* al ripiano del superamento dei tetti di spesa determina, infatti, la inevitabile sottrazione di ingenti somme di danaro agli investimenti in ricerca e innovazione con un impatto negativo sulla ricerca; il che, in un settore che richiede continui investimenti in tecnologia e in dispositivi innovativi e all'avanguardia per garantire e migliorare la tutela della salute dei pazienti in cura presso il S.S.N., lede interessi di rilevanza pubblica e, in una spirale viziosa, impoverisce il mercato italiano.

1.6 Istanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale.

Le questioni prospettate nei precedenti paragrafi del motivo di gravame in esame, oltre a mostrarsi non manifestamente infondate sotto tutti i profili illustrati, e comunque non risolvibili in via d'interpretazione costituzionalmente orientata, sono altresì rilevanti.

Il motivi dedotti fin qui, infatti, non possono essere decisi senza l'applicazione dell'art. 9 *ter*, comma 8, 9 e 9 *bis*, d.l. n. 78 del 2015, poiché sussiste un legame di necessaria pregiudizialità tra il dubbio di costituzionalità sollevato e l'esito del proposto gravame: l'accertamento dell'illegittimità costituzionale della normativa del *payback* applicabile ai dispositivi medici determinerebbe inevitabilmente l'annullamento, in via derivata, di tutti i provvedimenti impugnati, assunti in attuazione di una disciplina incostituzionale.

Si chiede, pertanto, di rimettere al giudizio della Consulta la questione di costituzionalità sollevata, con sospensione del presente procedimento e trasmissione degli atti al giudice costituzionale.

1.7 Istanza di disapplicazione della normativa e, in subordine, di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE.

In considerazione di tutto quanto già esposto al precedente punto 1.3 del presente motivo di gravame, la ricorrente, conformemente alla costante giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia UE, formula istanza di disapplicazione dell'art. 9 ter, comma 8, 9 e 9 ter, d. l. n. 78 del 2015, per contrasto con le norme dell'Unione europea in narrativa indicate.

Alternativamente, qualora sussistano incertezze sulla effettiva portata delle norme europee richiamate in relazione alla disciplina introdotta dalla suddetta normativa nazionale, richiede, **previa sospensione del presente procedimento**, che venga sottoposto alla Corte di Giustizia UE in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, il seguente quesito:

“se i generali principi di proporzionalità, ragionevolezza, legittimo affidamento e certezza delle posizioni giuridiche, da un lato, e l'art. 17 della Carta fondamentale dei diritti dell'UE, dall'altro, ostino ad una normativa nazionale come quelle delineata dall'art. 9 ter comma 8, 9, 9 bis, d.l. n. 78 del 2015, che impone alle aziende che forniscono dispositivi medici di concorrere al ripiano del superamento di un tetto di spesa sanitario fissato tardivamente (fine 2019) e con efficacia retroattiva (per le annualità 2015-2018), mediante applicazione di una prestazione patrimoniale imposta, denominata payback, la cui determinazione avviene mediante prelievo coattivo di ricchezza sul valore del fatturato maturato per le forniture di dispositivi medici forniti nel periodo di riferimento”.

VI. ILLEGITTIMITÀ DERIVATA DELLA DELIBERA DI GIUNTA DELLA REGIONE BASILICATA N. 444/2023 DEL 28.7.2023. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 7, 8, E 10 DELLA L. 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 9-TER DEL D.L. 78/2015, CONVERTITO IN L. 125/2015. ECCESSO DI POTERE SOTTO TUTTI I PROFILI SINTOMATICI, IN PARTICOLARE PER VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA, PUBBLICITÀ, PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE, OLTRE CHE PER IRRAGIONEVOLEZZA, CONTRADDITTORIETÀ, DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE.

1. La determina gravata è anzitutto illegittima in via derivata in conseguenza dei motivi di illegittimità dei provvedimenti presupposti già gravati con il ricorso principale che si richiama integralmente e qui riproposti.

Oltre che per illegittimità derivata, il provvedimento impugnato soffre di vizi propri, di seguito dedotti.

2. Con la Deliberazione gravata, la Regione Basilicata ha determinato gli oneri di ripiano posti a carico dell'odierna ricorrente, per singola annualità dal 2015 al 2018, quantificandoli

complessivamente in un importo di Euro **73.540,17**, di cui **Euro 60.340,95** a carico di Agilent ed **Euro 13.199,22** imputate alla società incorporata Dako Italia, precludendo qualsivoglia partecipazione della Società nell'ambito del procedimento istruttorio che ha condotto all'individuazione dell'importo oggi preteso.

Nonostante l'incisività della Deliberazione censurata rispetto alla sfera giuridica dell'odierna ricorrente, questa **non è stata preceduta da alcuna comunicazione di avvio del procedimento in violazione dei più basilari e immanenti principi di partecipazione procedimentale** che permeano l'intera attività dell'amministrazione pubblica.

Nello specifico, l'art. 7 della L. 241/1990 statuisce, al comma 1, che: "*Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire*". Il successivo art. 10, coerentemente, riconosce ai soggetti cui sia stato comunicato l'avvio del procedimento la facoltà di:

- a) prendere visione degli atti del procedimento;
- b) presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove pertinenti all'oggetto del procedimento.

Il contraddittorio con il soggetto interessato rappresenta una pietra angolare del procedimento, che non è mai espressione unilaterale dell'interesse pubblico bensì della relazione e dell'intersezione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti. Particolare rilievo lo stesso contraddittorio avrebbe dovuto avere in un procedimento come quello *de quo*, ove si vede scaricare sul settore privato il peso di gravi *deficit* gestionali della spesa pubblica. Infatti, le previsioni poste a presidio del contraddittorio procedimentale non rispondono solo all'esigenza di favorire lo scambio informativo tra le parti, ma anche a quello di assicurare al privato coinvolto il diritto di difesa, Anche solo sotto il profilo del controllo e contributo alla corretta determinazione dei valori in gioco la partecipazione dell'interessato sarebbe stata necessaria.

Occorre sottolineare, in proposito, quanto complessa sia l'applicazione del meccanismo del *payback* e quanto elevato il margine di errore nella determinazione della quota di ripiano a carico delle aziende fornitrici di dispositivi medici. Già solo la certificazione dei fatturati aziendali ad opera delle aziende sanitarie è foriero di errori e discrasie rispetto al consolidato regionale del modello CE, come peraltro riscontrato in alcune Regioni in cui l'odierna ricorrente opera (cfr., ad esempio, il caso della Sardegna). Per non parlare della

modalità di calcolo della spesa sostenuta per l'acquisto di dispositivi medici, non uniformi in tutte le Regioni.

2.1 Nel caso di specie, il provvedimento censurato non reca alcuna menzione di ragioni di impedimento dettate da esigenze di celerità del procedimento che giustificano la mancata comunicazione di avvio, esigenze del resto insussistenti atteso che l'amministrazione aveva ben 90 giorni dalla pubblicazione del Decreto del Ministero della Salute del 6 luglio 2022 per avviare e concludere il procedimento. Né al mancato coinvolgimento degli interessati nel procedimento si è altrimenti sopperito rendendo disponibili i dati e la documentazione rilevante impiegata ai fini del calcolo della quota di ripiano posta a loro carico.

L'assenza di contraddittorio e il conseguente difetto di istruttoria in cui è incorsa la Regione Basilicata appaiono ancor più gravi laddove solo si consideri che, come riportato nelle premesse in fatto del presente atto, la Deliberazione è stata assunta con un ritardo di quasi 7 mesi rispetto al termine imposto dall'art. 9-ter, comma 9-bis, d.l. n. 78/2015, in spregio al rispetto dei principi generali di tempestività ed efficacia che devono ispirare l'agere amministrativo.

In altre parole, stante l'evidente ed ampio superamento del termine previsto dal legislatore in assenza di atti di proroga formali e soprattutto di ragioni correlate alla difficoltà o complessità dell'istruttoria - il che ne l'illegittimità della determina anche sotto il profilo della violazione di legge - la Regione Basilicata avrebbe quantomeno potuto coinvolgere gli operatori economici nel procedimento, al fine di addivenire ad una corretta determinazione del quantum ad essi imposto.

Per contro, essa è addivenuta all'adozione persino di una nuova Deliberazione certificando, ancora una volta in via del tutto autonoma, l'importo di ripiano a carico delle singole imprese fornitrici di dispositivi medici.

In sintesi conclusiva, la Regione ha disatteso ogni garanzia partecipativa, omettendo di comunicare all'odierna ricorrente l'avvio del procedimento e non consentendole di prendere visione degli atti istruttori che hanno condotto alla quantificazione dell'importo di ripiano oggi preteso, e di formulare qualsivoglia osservazione. Non vi è dubbio che se all'odierna ricorrente fosse stato consentito di intervenire nel procedimento e visionarne gli atti, la stessa avrebbe potuto se non altro riscontrare, come accaduto per altre Regioni, la presenza di errori nella composizione della spesa e, quindi, nella quantificazione della quota di ripiano o, comunque, incongruenze che avrebbero meritato un contraddittorio, specie ove si consideri il considerevole importo richiesto alla Società.

La necessità di rispettare le garanzie procedurali, del resto, è stata confermata anche dalla giurisprudenza che si è espressa sul *payback* nel settore dei farmaci che, a fronte di imprese che si dovevano di una partecipazione eminentemente formale, ha rilevato: “*AIFA in realtà rispetta nel complesso il dettato di cui all’art. 7 della legge n. 241 del 1990: invia rituale comunicazione di avvio del procedimento, chiede ed ottiene osservazioni e risponde in modo piuttosto esaustivo alle medesime, sebbene in forma sintetica.* Modalità questa pienamente ammessa dalla stessa giurisprudenza secondo cui non si impone, nel formalizzare il provvedimento finale, la puntale e analitica confutazione delle singole argomentazioni svolte dalla parte privata, essendo sufficiente ai fini della sua giustificazione una motivazione complessivamente e logicamente resa a sostegno dell’atto stesso (cfr., per tutte: Cons. Stato, sez. II, 10 maggio 2021, n. 3683).” (TAR Lazio – Roma, III Quater, 13 gennaio 2022, n. 353).

In assenza di qualsivoglia coinvolgimento nel procedimento, invece, l’odierna ricorrente non può che prendere atto delle risultanze dell’istruttoria e contestarle in sede giudiziale, in contrasto con le esigenze di deflazione del contenzioso che la comunicazione di avvio del procedimento mira a perseguire.

3. La determina censurata è altresì viziata sotto il profilo della violazione dei principi di trasparenza e del difetto di istruttoria.

Il provvedimento gravato si limita ad enucleare per ciascun fornitore, inclusa l’odierna ricorrente, l’importo di ripiano per ciascuna annualità 2015-2018, senza menzionare minimamente e per nessuno degli operatori economici interessati dai provvedimenti impositivi nessuno dei seguenti dati: i) il fatturato della singola società nei confronti delle strutture sanitarie pubbliche della Regione per il quadriennio 2015-2018 e le delibere dei direttori generali che l’hanno validato; ii) il dettaglio delle singole fatture emesse, con precisazione dei dispositivi medici inclusi all’interno del valore complessivo e di quelli esclusi, nonché delle aliquote IVA applicate alle singole commesse; iii) la metodologia di calcolo utilizzata per la determinazione dell’importo da corrispondere.

Come se l’indicazione dell’importo di ripiano fosse sufficiente a consentire ai fornitori il controllo sulla correttezza dei conteggi effettuati ai fini della quantificazione della quota di ripiano.

Ma non è così.

La Regione avrebbe dovuto dar conto rendere noti tali dati imprescindibili al fine di poter porre l’odierna ricorrente in condizione di verificare la misura del concorso al ripiano dello sfioramento della spesa sanitaria e la correttezza degli importi pretesi. Solo così, infatti, sarebbe stato possibile verificare che la spesa per l’acquisto dei dispositivi è stata

correttamente enucleata, scorporando da essa quelle voci che non dovrebbero concorrere alla sua quantificazione. Infatti, giova ricordare che il meccanismo del *payback*, per come congegnato dal Legislatore, crea un sistema di forte interdipendenza tra spesa effettuata e fatturati prodotti dalle varie aziende del settore, sicché l'errore o la modifica anche di un solo dato e di una sola azienda è suscettibile di modificare il dato complessivo della spesa e, dunque, anche le singole quote di ripiano.

In proposito, è inoltre il caso di rilevare che, sia pur nel diverso procedimento del *payback* sui prodotti medicinali, la giurisprudenza ha osservato che *“le esigenze di tutela delle aziende farmaceutiche 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. Il non consentire un simile confronto comporterebbe che verrebbero vanificate tali esigenze di tutela finendo con l'assegnare in definitiva una sorta di fede privilegiata, al di fuori di una specifica disposizione normativa, sia al dato complessivo nazionale elaborato dall'AIFA sia a quello prodotto dalle singole Regioni, in palese contrasto con il principio di trasparenza dell'azione amministrativa e con il principio che spetta all'amministrazione provare la fondatezza e la veridicità dei fatti sulla cui base ha adottato uno determinato provvedimento”* (cfr. TAR Lazio, III quater, 15 aprile 2015, n. 5568).

4. La macroscopica violazione del contraddittorio procedimentale, nonché dei principi di trasparenza richiamati, denota, e si traduce altresì in, un'insanabile difetto d'istruttoria da cui è affetta la determina impugnata che deve quindi essere ritenuta illegittima e, per l'effetto, annullata.

ISTANZA CAUTELARE EXART. 55 CPA

1. Il *fumus* è nelle considerazioni che precedono, da intendersi integrate con quanto più approfonditamente considerato ed argomentato nell'atto introduttivo, al quale ci si riporta.

2. Quanto al *periculum in mora*, deve essere apprezzato rispetto al danno, **gravissimo ed irreparabile**, che l'odierna ricorrente è destinata a subire a causa della “immediata” e “definitiva” efficacia dell'atto gravato. Nella fattispecie, attesa la rilevanza generale degli atti presupposti impugnati, l'incidenza del danno non può essere riguardata unicamente rispetto alla quota di ripiano pretesa dalla singola Regione (per quanto rilevante nel caso della Regione Basilicata che qui interessa, pari complessivamente ad **Euro 73.540,17**), ma deve tener conto dell'importo complessivo del ripiano richiesto all'odierna ricorrente in tutte le Regioni e Province italiane in cui opera. Ad oggi, sono oltre 17 le Regioni e Province italiane che hanno

richiesto ad Agilent il pagamento della quota di ripiano per una cifra ingentissima che si attesta complessivamente su un importo superiore a **quattro milioni di Euro**.

L'odierna ricorrente non sarebbe in condizione di sostenere l'esborso preteso negli stringenti termini imposti dalla normativa, esborso che - per le ragioni esposte nel presente ricorso - alcuna azienda del settore è stata posta in grado di poter minimamente pianificare (essendo sotto il controllo e nell'esclusiva responsabilità degli enti del servizio sanitario).

Per di più va osservato che i provvedimenti impositivi risultano ad oggi adottati secondo un *iter* - come già affermato nel ricorso introduttivo - non verificato né tantomeno verificabile da parte della ricorrente e si riferiscono, come noto, altresì a ben quattro annualità, avendo gli enti - illegittimamente - determinato il quantum in via retroattiva financo dal 2015.

3. Certamente non sfugge a questa difesa la circostanza che negli altri giudizi concernenti il meccanismo del *payback*, compreso il presente, sono state accolte le domande cautelari di sospensione dei provvedimenti impugnati. Stante la determinazione, da parte della dekibera gravata, degli importi dovuti dalla Società a titolo di *payback*, si impone, anche per coerenza ordinamentale, l'accoglimento della istanza cautelare volta alla sospensione del provvedimento gravato con i presenti motivi aggiunti.

P.Q.M.

si chiede che, *contrariis reiectis*, si voglia:

- in via cautelare, accogliere la richiesta di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti gravati;

- nel merito, in via principale, previa sospensione del presente giudizio e rimessione alla Corte costituzionale della sollevata questione di legittimità dell'art. 9 *ter*, commi 8, 9 e 9 *bis*, d.l. n. 78 del 2015, per violazione degli artt. 3, 9, 23, 41, 42, 53 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, sotto tutti i profili evidenziati nella parte in diritto, annullare i provvedimenti impugnati, in quanto illegittimi, sia in via derivata, sia per vizi propri;

- nel merito, in via subordinata, anche previa disapplicazione dell'art. 9 *ter*, commi 8, 9 e 9 *bis*, d.l. n. 78 del 2015, per contrasto con l'art. 17 della Carta fondamentale dei diritti dell'UE, annullare i provvedimenti impugnati, in quanto illegittimi, sia in via derivata, sia per vizi propri;

- nel merito, in via di ulteriore subordinate, previa sospensione del presente giudizio e previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, affinché si pronunci sul formulato quesito, annullare i provvedimenti impugnati, in quanto illegittimi, sia in via derivata, sia per vizi propri.

Con riserva di proporre motivi aggiunti, produrre ulteriore documentazione e memorie difensive ed agire in giudizio per il risarcimento del danno.

Con salvezza di spese e onorari.

Per il presente ricorso è dovuto un contributo unificato pari a € 650.

In via istruttoria, si producono i seguenti documenti:

- 1) La Deliberazione n. 444 del 28 luglio 2023 della Giunta della Regione Basilicata (pubblicata sul BUR il successivo 1.8.2023) recante “*DGR 207/2023 – Approvazione e Aggiornamento degli elenchi delle Aziende fornitrici di dispositivi medici, soggette al ripiano per ciascuno degli anni 2015-2018, ai sensi dell’articolo 9 ter, comma 9 bis del DL n. 78/2015 e del DL 30 marzo 2023, n. 34, convertito in L. 56/2023*”;
- 2) Allegato 1 alla Deliberazione n. 444/2023;
- 3) Allegato 2 alla Deliberazione n. 444/2023;
- 4) Allegato 3 alla Deliberazione n. 444/2023;
- 5) Allegato 4 alla Deliberazione n. 444/2023;

Roma, 27 ottobre 2023

Avv. Filippo Pacciani

Avv. Ada Esposito