

Tribunale Amministrativo Regionale Lazio

Ricorso per motivi aggiunti

(da valere anche come autonomo)

per la società **Tau Medica s.r.l.**, in persona del legale rappresentante *p.t.* dott. Walter Attilio Di Matteo, rappresentato e difeso, anche disgiuntamente nel presente giudizio dagli avv. ti Nicola Pepe (C.F.:PPENCL75L28G148C; PEC: nicola.pepe@avvocatiperugiapec.it), Emilia Pulcini (c.f. PLCMLE74B42A269X – pec: avvemilia.pulcini@pecavvocatifrosinone.it) e Luigi Guerrieri (c.f. GRRLGU77M27L103J – pec: luigi.guerrieri@pec-avvocatiteramo.it), ed elettivamente domiciliato presso la pec di quest'ultimo, giusta delega in atti

contro la **Regione Umbria**, in persona del Presidente *p.t.*, nonché **contro** la **Presidenza del Consiglio dei Ministri**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, la **Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, la **Conferenza delle regioni e delle province autonome**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, il **Ministero della Salute**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, il **Ministero dell'economica e delle finanze**, in persona del legale rappresentante *p.t.*,

e nei confronti della **ASL Umbria 1**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **ASL Umbria 2**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Azienda Ospedaliera di Perugia**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Azienda Ospedaliera di Terni**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, nonché nei confronti della **Regione Piemonte**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Valle D'Aosta**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Lombardia**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Veneto**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Friuli Venezia Giulia**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Liguria** in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Emilia Romagna**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Toscana**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Umbria**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Marche** in

persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Lazio**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Abruzzo**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Molise**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Campania**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Puglia**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Basilicata**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Calabria**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Sicilia**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, della **Regione Sardegna**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, **della Provincia autonoma di Trento**, in persona del legale rappresentante *p.t.*, **e della Provincia autonoma di Bolzano**, in persona del legale rappresentante *p.t.*,

per l'**annullamento**

- della determina della Direzione Regionale Salute e Welfare della Regione Umbria n. 13106 del 14.12.2022 avente ad oggetto “*Articolo 9 ter del D.L. 19 giugno 2015 n. 78 convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1 comma 1, L. 6 agosto 2015, n. 125 e s.m.i. Attribuzione degli oneri di riparto del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, certificato ai sensi del comma 8 dell’art. 9 ter D.L. 19 giugno 2015 n.78 convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1 comma 1, L. 6 agosto 2015, n.125 e s.m.i., dal D.M. del Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell’Economia e delle Finanze del 6 luglio 2022, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 15 settembre 2022, serie generale n. 216*”, oltre atti presupposti, connessi e consequenziali, anche non conosciuti, ivi comprese le delibere adottate dalle ASL della Regione Umbria e dalle Aziende Ospedaliere di Perugia e Terni aventi ad oggetto la ricognizione del fatturato per i dispositivi medici 2015 – 2018,

Fatto

1. Il presente ricorso si inserisce in quello già proposto dalla società Tau Medica – una delle oltre 4000 imprese fornitrici di dispositivi medici (da ora DM) anche presso le ASL della Regione Abruzzo - inteso ad ottenere l’annullamento del DM Salute del 6/7/2022 (GURI del 15/9/2022, n. 216) sulla certificazione del superamento del tetto di spesa per l’acquisto dei dispositivi medici a livello

nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, secondo cui la quota di ripiano, a livello regionale, è da porre a carico delle imprese fornitrici dei dispositivi medici (certificando l'importo dovuto dalle aziende private per l'anno 2015 nella somma di € 416.274.918, per l'anno 2016 di € 473.793.126, per l'anno 2017 di € 552.550.000 e per l'anno 2018 di € 643.322.535); del DM Salute 6/10/2022 (GURI 26/10/2022, n. 251) recente le cd. *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 e 2018; dell'Accordo Stato - Regioni e Province Autonome di Trento e Bolzano n. 181 del 7/11/2019 di individuazione dei criteri di definizione del tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici nella misura del 4,4 % del fabbisogno sanitario regionale standard, e delle modalità procedurali di individuazione del superamento dei tetti di spesa regionali per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018; delle seguenti circolari del Ministero della Salute prot. n. 22413 del 29/07/2019; prot. n. 0001341-P-19/2/2016; prot. n. 0003251-P-21/4/2016; prot. n. 0002051-P-08/02/2019; prot. n. 0005496-P-26/02/2020; dell'Accordo Stato - Regioni - Province Autonome n. 182 del 7/11/2019; dell'Intesa raggiunta in sede di Conferenza delle Regioni e delle Province autonome in data 14/9/2022; in data 28/9/2022.

Si rinvia ai precedenti scritti difensivi per i motivi di illegittimità – oltre che di incostituzionalità – del sistema previsto dalla normativa impugnata sul cd. *payback* relativo ai dispositivi medicali (da ora DM), definito per gli anni 2015-2018 solo *ex post*, successivamente all'acquisizione del dato relativo alla spesa effettivamente già sostenuta per quegli anni fissando un tetto di spesa regionale pari al 4,4% per tutte le Regioni e Province autonome indipendentemente dalle caratteristiche proprie di ciascun sistema sanitario regionale, con il quale in sostanza si accolla sulle imprese fornitrici dei dispositivi medicali il ripianamento dovuto allo sfioramento del tetto di spesa da parte delle Regioni.

In questa sede si ribadisce che attraverso tale sistema le imprese fornitrici dei dispositivi medicali sono chiamate a rifondere ingenti somme di danaro in

favore della Regione, per avere quest'ultima superato i tetti di spesa imposti dal legislatore.

2. La Regione Umbria, Direzione Regionale Salute e Welfare, ha adottato la determina n. 13106 del 14.12.2022 avente ad oggetto “*Articolo 9 ter del D.L. 19 giugno 2015 n. 78 convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1 comma 1, L. 6 agosto 2015, n. 125 e s.m.i.. Attribuzione degli oneri di riparto del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, certificato ai sensi del comma 8 dell’art. 9 ter D.L. 19 giugno 2015 n.78 convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1 comma 1, L. 6 agosto 2015, n.125 e s.m.i., dal D.M. del Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell’Economia e delle Finanze del 6 luglio 2022, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 15 settembre 2022, serie generale n. 216*”.

Con tale determina si è preso atto che “*la quota complessiva di ripiano posta a carico delle aziende fornitrici dei dispositivi medici*” è pari ad euro 91.810.829.

Nella determina si dà conto delle deliberazioni assunte dalla diverse ASL Regionali in materia relative alla certificazione dei costi sostenuti per i dispositivi medici negli anni 2015-2018 e alla ricognizione del relativo fatturato.

Risultano essere state adottate le seguenti delibere di validazione e certificazione del fatturato relativo agli anni di riferimento per singola azienda fornitrice di dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, trasmesse alla Regione: - ASL Umbria 1: DGR n. 1118 del 14.11.2022 (nota pec n. 0201027 del 14.11.2022) - ASL Umbria 2: DGR n. 1773 del 15.11.2022 (nota pec n. 0228783 del 11.11.2022) - Azienda Ospedaliera di Perugia: DGR n. 366 del 11.11.2022 (nota pec n. 0249447 del 11.11.2022), Azienda Ospedaliera di Terni: DGR n. 145 del 10.11.2022 (nota pec n. 0249005 del 11.11.2022).

Alla luce di tali deliberazioni, dopo aver preso atto degli esiti della verifica di coerenza del fatturato complessivo indicato nelle deliberazioni delle ASL con quanto contabilizzato nella voce <<BA0210 – Dispositivi medici>> del modello CE consolidato regionale (999) dell’anno di riferimento, la determina ha approvato l’elenco delle aziende fornitrici di dispositivi medici ed i relativi importi di ripiano da queste pretesamente dovuti alla Regione Umbria,

individuando le modalità procedurali per il versamento delle somme da parte delle aziende fornitrici di dispositivi medici.

La determina stabilisce il termine entro cui le imprese fornitrici hanno l'obbligo del versamento delle somme richieste *“mediante l'accesso al portale web pagoPA Regione Umbria”*

Nell'allegato alla determina - contenente l'indicazione delle imprese chiamate al ripiano con i relativi importi da corrispondere per i singoli anni 2015-2018 – **per TAU Medica s.r.l. si prevede un payback complessivo di Euro 616.151,71, così suddiviso per le singole annualità: per il 2015 un importo di payback pari ad Euro 133.113,86; per il 2016 un importo di payback pari ad Euro 153.695,26, per il 2017 un importo di payback pari ad Euro 158.078,19 e per il 2018 un importo di payback pari ad Euro. 171.264,40**

3. La determina della Direzione Regionale Salute e Welfare della Regione Umbria n. 13106 del 14.12.2022, unitamente alle delibere adottate dalle ASL della Regione Umbria e dalle Aziende Ospedaliere di Perugia e Terni aventi ad oggetto la ricognizione del fatturato per i dispositivi medici 2015 – 2018, nonché gli atti presupposti, tutti in epigrafe indicati, DM Salute del 6/7/2022, DM Salute 6/10/2022, sono illegittimi e la società TAU Medica s.r.l. come sopra rappresentata e difesa ne chiede l'annullamento, previa sospensione, per i seguenti

Motivi

I. La determina regionale in quanto applicativa delle disposizioni normative sul cd. payback, già oggetto di autonoma impugnativa con il ricorso introduttivo, è illegittima per i medesimi vizi che sono stati sollevati con il ricorso introduttivo, anche in ordine ai profili di incostituzionalità e di contrasto con l'ordinamento europeo e suoi principi, oltre che viziata da vizi propri per errori di fatto e travisamento, difetto di istruttoria, violazione del principio di partecipazione.

A) Vizi propri della determina – Eccesso di potere - Travisamento dei fatti -Errata APPLICAZIONE DEI CRITERI DI COMPUTO DELL'AMMONTARE COMPLESSIVO DEL C.D. “PAYBACK” AI SENSI DELL'ART. 2 DEL DECRETO MINISTERO DELLA SALUTE

DEL 6 OTTOBRE 2022. VIOLAZIONE DI LEGGE. ERRORE DI FATTO -. Difetto di istruttoria - Violazione del principio di partecipazione

Come visto, il legislatore a valle del procedimento amministrativo per il calcolo del c.d. “*payback*” da addebitare a ciascuna società fornitrice per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, ponele Determine delle singole Direzioni Regionali del Servizio Sanitario.

La Determinazione Direttoriale della Regione Umbria n. 13106 del 14.12.2022, la quale, in applicazione del criterio di calcolo enunciato nell’art. 2 del D.M. Ministero della Salute del 6/10/2022 addebita alla società ricorrente Euro 133.113,86 (a fronte di un fatturato di Euro 855.939,85) per l’anno 2015, è illegittima. Mentre per le restanti annualità non si riscontrano rilievi.

Ebbene, gli importi del calcolo operato dalla Amministrazione regionale per tale annualità risultano errati, e sul punto, è sin troppo agevole rilevare che -la partecipazione dell’azienda interessata al procedimento; partecipazione che del tutto illegittimamente è mancata - avrebbe consentito all’Amministrazione di non incorrere nelle illegittimità che viziano la determina.

E’ evidente infatti che in contraddittorio tra le parti sarebbe stato agevole per l’impresa segnalare i corretti importi del fatturato e conseguentemente per l’Amministrazione conteggiare in modo esatto gli importi da richiedere in *payback*.

Ebbene, gli importi del calcolo operato dalle Amministrazioni regionali per l’annualità sopra indicata risulta errata.

La Regione risulta abbia operato il proprio computo partendo dalla prescrizione del cit. art. 2 DM del 6/10/2022, il quale recita: “1. *Ciascuna regione e provincia autonoma pone l'eventuale superamento del rispettivo tetto di spesa, come certificato dal decreto ministeriale 6 luglio 2022 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 15 settembre 2022, Serie generale n. 216, a carico delle aziende fornitrici di dispositivi medici per una quota complessiva pari al 40 per cento per l'anno 2015, al 45 per cento per l'anno 2016, al 50 per cento per l'anno 2017 e al 50 per cento per l'anno 2018.* 2. *Ciascuna azienda fornitrice di dispositivi medici 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 relativo Servizio sanitario regionale o provinciale.”

Pertanto, in applicazione di detto computo, la Direzione Salute e Welfare della Regione Umbria (n. 13106 del 14.12.2022) risulta aver eseguito la seguente operazione per l'anno 2015:

a) Ha preso dalla Tabella A allegata al DM Ministero della Salute del 6 luglio 2022 il dato dell'importo complessivo della spesa sanitaria per dispositivi medici – Modello CE – relativo all'anno 2015 (Euro 118.714.000); l'importo dello scostamento per superamento della soglia del 4,4% (Euro 46.155.343), e quello della quota (40%) di detto ultimo dato da addebitare alle aziende fornitrici (Euro 18.462.137)

b) Ha preso l'importo complessivo della spesa sanitaria per dispositivi medici – Modello CE – relativo all'anno 2015 (Euro 118.714.000) e ha calcolato su di esso l'incidenza percentuale del fatturato della Tau Medica srl nell'anno 2015 (fatturato Tau Medica Euro 855.939,85; incidenza percentuale del fatturato di Tau Medica: 0.7210100%)

c) Quindi ha applicato la predetta percentuale di incidenza (0,7210100%) all'importo complessivo da mettere a carico delle società fornitrici (Euro 18.462.137) ed è venuta fuori la somma di Euro 133.113,86.

Ebbene, seppure l'Amministrazione abbia fatto corretto impiego del criterio matematico prescritto dalla legge, risulta sia errato il dato dell'importo complessivo del fatturato annuo della Tau Medica srl per l'anno 2015, il quale, come risulta documentalmente, non ammonta ad Euro 855.939,85 – come indicato dall'Amministrazione –, ma ad Euro 835.115,78.

Pertanto, l'inserimento a monte del predetto dato numerico errato, produce a valle l'errore in ordine alla quota complessiva dovuta dalla Società ricorrente per il “payback” relativo all'anno 2015.

Difatti, applicando il criterio legale di calcolo con i dati corretti si ottiene il seguente computo:

a) Importo complessivo della spesa sanitaria per dispositivi medici – Modello CE – relativo all'anno 2015 (Euro 118.714.000) e calcolo su di esso

dell'incidenza percentuale del fatturato della Tau Medica srl nell'anno 2015 (fatturato Tau Medica Euro 835.115,78; incidenza percentuale del fatturato di Tau Medica: 0.7034686%)

b) applicazione della predetta percentuale di incidenza (0,7210100%) all'importo complessivo da mettere a carico delle società fornitrici (Euro 18.462.137) e viene fuori la somma corretta di Euro 129.875,33.

Pertanto, l'importo chiesto dalla Regione risulta erroneamente superiore per Euro 3.238,53 rispetto a quello dovuto inserendo nel calcolo tutti i dati numerici corretti.

Alla luce di quanto rilevato si insiste per l'erroneità dei conteggi effettuati dall'Amministrazione che richiede somme maggiori di quelle effettivamente in ipotesi imputabili alla ricorrente.

Tali errori rappresentano il frutto di una istruttoria carente, pasticciata che – a differenza di quanto sostenuto nel provvedimento secondo il quale la comunicazione di avvio del procedimento non era necessaria trattandosi di attività vincolata e con riferimento alla quale l'apporto della società non sarebbe stato determinante - giustificano l'annullamento della determina gravata.

B) Illegittimità derivata – Incostituzionalità delle disposizioni in base alle quali è imposto il cd. bayback – Contrasto con i principi europei sotto diversi profili

La delibera regionale gravata merita di essere annullata anche perché, essendo adottata in esecuzione delle disposizioni normative oggetto del ricorso introduttivo, rifletti in via derivata i medesimi vizi, sia di incostituzionalità che di contrarietà ai principi europei.

II.1. Violazione degli artt. 41 e 3 Cost.- Alterazione della concorrenza di mercato - Violazione artt. 101 e 102 TFUE.

Come noto, l'art. 9 *ter* D.L. 78/2015 prevede 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».*

Considerata la normativa nazionale e sovranazionale, la norma fa insorgere plurimi profili di illegittimità. È violata la Costituzione: art. 41. Infatti, il mercato interno è alterato dall'intervento legislativo. La norma squilibra la concorrenza perché attribuisce un vantaggio alle imprese fornitrici delle Regioni con finanza virtuosa rispetto a quelle che, nello stesso mercato, hanno – inconsapevolmente – assunto rapporti commerciali con gli enti regionali in cui la spesa sanitaria complessiva ha sfiorato i tetti fissati (per l'acquisto di DM per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018) con Accordo Stato - Regioni e Province autonome rep. Atti n. 181/CSR nel 7 novembre 2019.

La disposizione legislativa (solo) in astratto risulta compatibile con l'assetto dei poteri della Costituzione – per quanto insorgono dei profili relativi alle sfere giurisdizionali e all'esercizio dei rispettivi poteri, per quanto si dirà –, ma non con le finalità pubbliche e solidaristiche proclamate. In considerazione del pericolo di disparità di trattamento, le disposizioni devono essere sottoposte ad uno scrutinio stretto: sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta legislativa di finanza pubblica (*ex plurimis*, sentenze n. 116 del 2020, n. 181 del 2019, n. 182 del 2017, n. 275, n. 154 e n. 85 del 2013, n. 20 del 2012). Da questo scrutinio sul controllo di ragionevolezza e di non arbitrarietà dell'intervento legislativo emerge l'alterazione sia del mercato sia della pubblica concorrenza. Nel mercato interno solo alcune delle imprese fornitrici sono obbligate alla corresponsione degli oneri, che il legislatore ha imposto a distanza di anni dall'esecuzione dei contratti e quando ormai i cicli di bilancio e gli esercizi erano conclusi. Infatti, al momento della stipula dei contratti, per i fornitori non era insorto alcun obbligo, né avrebbero potuto quantificarsi gli oneri.

Nel libero mercato e nella pubblica concorrenza, le imprese su cui incombe questa variabile indipendente (degli oneri gravanti) risultano svantaggiate e diventeranno meno competitive, anche *pro futuro*. Né il loro sacrificio può ritenersi giustificato dal preteso miglioramento o razionalizzazione del sistema sanitario nazionale o di quelli regionali, per quanto si dirà.

II.2. Violazione dell'art. 101 e 102 TFUE

La pretesa contenuta nella determina regionale si pone altresì in contrasto con il diritto unionale.

Considerato l'ambiente di libero mercato in cui operano le imprese fornitrici, la disposizione legislativa – come già detto – ne altera l'andamento: restringe o falsa la concorrenza all'interno del mercato interno, sotto diversi aspetti. In tal modo, risultano favorite quelle che il Trattato ha previsto come le «pratiche concordate» incompatibili con il mercato interno, in quanto dirette a: «c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;».

La normativa poi non «contribuisc[e] a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico» per cui le previsioni del TFUE sono pienamente applicabili. Infatti, la *ratio* della disposizione non persegue finalità (dinamiche) di sviluppo o di progresso; riversata in un contesto di risorse limitate (Corte costituzionale, sentenza n. 70 dell'anno 2017) essa persegue (solo) un correttivo di finanza pubblica in modo avulso da una politica di bilancio.

Così il payback, oltre a destabilizzare il mercato, alterandolo, dà luogo a una sua bipartizione, che è esemplificabile in: una sua parte “buona”, rappresentata dai rapporti commerciali con le Regioni virtuose, che lo saranno sempre di più; una sua parte “cattiva”, che falciava l'utile dei fornitori con oneri aggiuntivi ed in base ad un meccanismo che li rende non preventivabili. Il mercato cercherà quindi di riassorbire questi oneri, con ulteriore alterazione.

È così ovvio che gli operatori economici si comporteranno in modo difforme: perseguiranno una logica commerciale di tutela e di salvaguardia del loro maggior profitto dai contratti che si sono aggiudicati. Il mercato sarà falsato o alterato anche per i comportamenti influenzati dall'intervento (legislativo), che impone l'applicazione di «condizioni [di mercato] dissimili per prestazioni equivalenti» ai danni degli operatori, e quindi della collettività.

Anche l'art. 102 TFUE risulta violato.

L'art. 102 TFUE definisce come pratica abusiva: «applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;».

Questa alterazione del mercato sui DM, fa sì che il fornitore di Regioni non deficitarie acquisisca automaticamente (legislativamente) una posizione di dominanza. Anche in questo caso, la libera concorrenza – all'interno del libero mercato interno – è falsata e ciò vale anche all'interno della procedura di gara; qui la domanda della SA incontra l'offerta dell'Operatore economico e questo incontro è basato sulla certezza per i concorrenti di realizzare, in caso di aggiudicazione, il perseguimento di un profitto determinato o comunque determinabile, e comunque sostenibile. Per questo la libera concorrenza è stata ritenuta dalla Corte costituzionale un "Valore basilare della libertà di iniziativa economica" (sentenza n. 241 del 1990).

III. Violazione della Costituzione: art. 41 ed art. 3 sotto il diverso profilo della proporzionalità. Irragionevolezza

La richiesta di rimessione alla Corte non si arresta alla valutazione della finalità e dei propositi, cioè alla verifica di una "ragione sufficiente" a giustificare la scelta legislativa; ma si estende anche al giudizio di congruità del mezzo approntato rispetto allo scopo perseguito, e quindi al giudizio di proporzionalità della misura adottata per il suo perseguimento.

Se il primo si traduce nella verifica di conformità del mezzo col fine, il secondo è volto a saggiare la ragionevole proporzione tra lo strumento prescelto e le esigenze prospettate, in vista del minor sacrificio possibile di altri principi o valori costituzionalmente protetti [di recente, Consiglio di Stato, n. 8240/2022]. Alcuni di essi già sono stati richiamati; a tal riguardo rileva anche l'articolo 32 della Costituzione.

La giurisprudenza della Corte ha costantemente ravvisato nella «proporzionalità del trattamento giuridico» uno degli aspetti essenziali della ragionevolezza e ha affermato che essa va apprezzata «tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata [...] in relazione agli effetti

pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita» (sentenza n. 163 del 1993; vedasi, pure, sentenza n. 1130 del 1988).

Oltre agli squilibri della concorrenza già denunciati, l'intervento legislativo favorisce in modo non ragionevole anche le *malpractices*, che rendono i sistemi sanitari meno virtuosi; infatti, chi ha (mal) programmato la spesa sanitaria e (mal) gestito le Aziende sanitarie è deresponsabilizzato, visto che a risponderne sono, sulla base degli atti gravati con il presente ricorso, i fornitori esterni.

IV. Violazione della Costituzione: art. 103; anche in correlazione con l'art. 1, comma 1 della legge del 14 gennaio 1994, n. 20.

Lo sfioramento del tetto di spesa configura – in astratto – un danno erariale e pertanto il ripiano forzoso – da parte dei fornitori (soggetti terzi a quel rapporto) causa uno squilibrio dei poteri (giurisdizionali).

Infatti, ai sensi dell'art. 103 comma 2 della Costituzione italiana: «La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge». Inoltre, l'articolo 1, comma 1 della legge del 14 gennaio 1994, n. 20 dispone che «La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali».

La correlazione di queste norme (di rango diverso) determina l'attribuzione delle materie di contabilità pubblica alla giurisdizione contabile e riconosce la responsabilità amministrativa come “personale”; ha quindi un precipitato sistematico

La delibera gravata nella parte in cui applica il disposto legislativo sul payback sui DM viola entrambe le norme. Nello specifico: sottrae la materia dell'illecito erariale alla sfera giurisdizionale di competenza; addossa – in chiave risarcitoria – l'obbligo di reintegrare le risorse pubbliche non a chi è stato causa dello sfioramento e quindi del danno, bensì ai fornitori, cioè ai terzi soggetti per i quali non è configurabile il rapporto di servizio né alcun nesso di causalità.

V. Violazione dell'art. 97 della Costituzione

L'articolo 9 ter ha quale *ratio* il contenimento e la razionalizzazione della spesa sanitaria, espressione del buon andamento della pubblica amministrazione e del suo obbligo di agire nel modo più adeguato per il raggiungimento delle sue finalità.

In base ai rilievi già espressi, la disposizione contrasta anche con l'art. 97 della Costituzione.

Il meccanismo del *payback* non favorisce né si conforma al modello della buona amministrazione, tutt'altro: si rivela premiale solo per le Regioni meno virtuose; in caso di sfioramento dei tetti di spesa, le risorse erariali sono attinte dai terzi (fornitori).

Il modello premiale neanche favorisce la buona amministrazione, ma deresponsabilizza chi ha agito *contra legem*, vanificando l'efficacia deterrente del tetto di spesa: infatti, non risponde dello sfioramento chi l'ha causato. Questo rileva anche sotto il profilo della irragionevolezza: infatti, la "sanzione" non ricade su chi ha violato l'obbligo di legge.

In questa irragionevole ottica non assumono alcun rilievo nemmeno i «costi standard» di cui agli articoli da 25 a 32 del D.lgs. 6 maggio 2011, n. 68 (Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario), né i livelli di spesa delle Regioni virtuose che hanno già raggiunto elevata efficienza nella gestione della sanità: si tratta delle così dette Regioni *benchmark*.

VI. Violazione della Costituzione: art. 3 sotto il diverso profilo della trasparenza. Irragionevolezza in concreto; anche in correlazione con l'art. 53.

L'art. 9 ter D.L. 78/2015, al suo secondo periodo, dispone che: «*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. 69*».

Il termine «dispositivo medico» è un termine generico che si riferisce a prodotti indeterminati, quali: strumenti, impianti, apparecchi, *software*, sostanze o altri prodotti impiegati per diagnosi, terapia, controllo, attenuazione di malattia o handicap (art. 1 D. Lgs. 46/1997). La norma stessa è così generica poiché non specifica quali siano i prodotti, né adotta una nozione univoca od anche solo omogenea di dispositivo medico: il Regolamento europeo 745/2017 differenzia i dispositivi medici in non invasivi, invasivi ed attivi, li suddivide in quattro classi di rischio (classe I, IIa, IIb e III) in funzione della destinazione d'uso prevista e dei rischi che comporta.

È dunque violata la Costituzione: articolo 3, comma 1.

In violazione del predetto principio costituzionale, sono state parificate in modo irragionevole, illogico, irrazionale e arbitrario situazioni – anche finanziarie – molto diverse fra loro sia da un punto di vista oggettivo che soggettivo.

Per cui, l'art. 3 è violato anche sotto il diverso profilo del concorso al ripiano dei fornitori *“in misura pari all'incidenza percentuale del proprio fatturato sul totale della spesa”*.

La disciplina in esame è irragionevole anche per la parte che ripartisce l'onere economico dello sfioramento del fondo a carico di imprese in base al (solo) criterio – non omogeneo – dell'incidenza del loro fatturato sulla spesa sanitaria, tale da generare un intervento non perequato sulla contribuzione richiesta ad ogni singolo soggetto privato.

Infatti, il fatturato conseguito non esprime, di per sé, un parametro che garantisca la contribuzione in egual misura, anche tenuto conto della diversità del costo e del prezzo di ogni singolo prodotto, nonché del margine rispetto al valore di ricarico e dell'utile conseguito dall'azienda fornitrice. Ove si ritenesse di assimilare il payback come imposta occulta (tributo locale), sarebbe violato l'art. 53 della Costituzione sotto il duplice profilo della solidarietà tributaria, declinata secondo la capacità del contribuente nonché della progressività del tributo, che non può essere applicato secondo parametri matematici identici a tutti i soggetti incisi dal tributo.

Inoltre, la disposizione ricollega l'accertamento dello sforamento e della quantificazione degli oneri «ora per allora», determinando effetti irragionevoli e arbitrari perché non riconducibili ad una diversa capacità contributiva, così ponendosi in contrasto con gli artt. 3 e 53 Costituzione, sotto altro aspetto impone prestazioni patrimoniali diverse a contribuenti che versano nella medesima situazione sostanziale, recando anche per questo un *vulnus* al principio della capacità contributiva.

VII. Violazione della Costituzione: art. 3 sotto il diverso profilo dell'incertezza del diritto.

Inoltre, l'assenza di chiare e specifiche previsioni legislative sulle modalità procedurali del ripiano, contraddicono l'esigenza di trasparenza dell'operato della Pubblica amministrazione e, nello specifico, della destinazione delle risorse; violano anche il principio della certezza del diritto.

Solo con l'accordo Stato - Regioni e Province autonome (rep. Atti n. 181/CSR) del 7 novembre 2019 sono stati fissati i tetti di spesa regionali per l'acquisto di DM per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018.

Il tetto è stato fissato al tavolo di coordinamento tra Enti centrali e periferici, a distanza di quattro anni dall'introduzione del D.L. 78/2015, per le annualità pregresse e, quindi, ad esercizi già conclusi.

L'introduzione della normativa e la modalità di definizione degli aspetti di conteggio del tetto non depongono quindi per il rispetto del principio della certezza del diritto. La diversa tempistica e gerarchia delle fonti genera incertezza negli operatori e nell'attività regolatrice dei rapporti amministrativi, incisi dalla norma in questione. E vengono, così, compromessi i valori ordinamentali dell'effettività di tutela e della certezza del diritto.

VIII. Violazione della Costituzione: art. 3; violazione del legittimo affidamento.

Il legittimo affidamento è un «principio connaturato allo Stato di diritto» (*ex multis*, sentenze n. 241 del 2019, n. 73 del 2017, n. 170 e n. 160 del 2013) che trova copertura costituzionale nell'art. 3 Costituzione.

Questo principio «da considerarsi ricaduta e declinazione “soggettiva” dell’indispensabile carattere di coerenza di un ordinamento giuridico, quale manifestazione del valore della certezza del diritto» (da ultimo, sentenza n. 136 del 2022), non è però tutelato «in termini assoluti e inderogabili» (sentenze n. 89 del 2018 e n. 56 del 2015). Infatti, con riferimento ai rapporti di durata – quale quello oggetto del giudizio a quo – la Corte costituzionale «ha più volte affermato che il legislatore dispone di ampia discrezionalità e può anche modificare in senso sfavorevole la disciplina di quei rapporti, ancorché l’oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti; ciò a condizione che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non trasmodi in un regolamento irrazionalmente lesivo del legittimo affidamento dei cittadini (*ex plurimis*, sentenze n. 241 del 2019, n. 16 del 2017, n. 203 del 2016 e n. 236 del 2009)” (sentenza n. 234 del 2020)» (sentenza n. 136 del 2022).

Peraltro, anche il principio di tutela del legittimo affidamento «è sottoposto al normale bilanciamento proprio di tutti i diritti e valori costituzionali» (sentenza n. 108 del 2019). Per costante giurisprudenza costituzionale, i valori della certezza del diritto e del legittimo affidamento potrebbero essere ragionevolmente e proporzionalmente sacrificati solo se i relativi interventi siano finalizzati a soddisfare esigenze indifferibili di bilancio, ma non a coprire lo sfioramento dei tetti di spesa.

La Corte costituzionale è stata più volte chiamata a pronunciarsi anche su norme statali inquadrabili nella categoria dei cosiddetti «tagli lineari» e suscettibili di incidere, in senso peggiorativo, su situazioni soggettive attinenti a rapporti di durata. Il giudice delle leggi, in particolare, ha affermato che la potestà legislativa, in questi casi, dovrebbe svolgersi nell’osservanza dei principi di ragionevolezza ed eguaglianza (sentenza n. 282 del 2005), di legittimo affidamento dei cittadini sulla stabilità della situazione normativa preesistente (sentenza n. 525 del 2000), di certezza delle situazioni giuridiche ormai consolidate (sentenze n. 24 del 2009, n. 74 del 2008 e n. 156 del 2007), nonché di coerenza dell’ordinamento (sentenza n. 209 del 2010).

Nel caso di specie, la discrezionalità del legislatore avrebbe dovuto essere esercitata offrendo maggiore tutela alla posizione dei titolari dei contratti affidati: la norma invece pratica una falciata sproporzionata, trasmodando così nella lesione del legittimo affidamento sulla stabilità del rapporto anche economico, che ne determina l'illegittimità costituzionale.

IX -Violazione degli artt. 41 e 11 della Costituzione e artt. 101 e 102 TFUE.

Il payback viola l'art. 41 della Costituzione anche con riferimento agli articoli (sul contratto) artt. 1321, 1325 e 1372 c.c. ed all'autonomia negoziale, in base alla quale nessuno può essere privato dei propri beni od essere costretto ad eseguire prestazioni contro o, comunque, indipendentemente dalla propria volontà.

Il legislatore non può – non è legittimo – intervenire sul contratto stipulato tra le parti: non può intervenire sull'oggetto e sul contenuto, così come sui rapporti negoziali – attivati all'esito di una procedura competitiva – né può intervenire sui loro effetti. Né l'amministrazione «dispone di un potere autoritativo di modifica unilaterale dell'oggetto del contratto, ma solo di un diritto potestativo di recesso in caso di mancato accordo tra le parti sulla riduzione del prezzo o delle prestazioni (controbilanciato da analoga potestà dell'appaltatore di sciogliersi dal vincolo), con la conseguenza che neppure la pretesa dell'amministrazione di procedere ad una seconda riduzione dell'importo contrattuale può ascrivere all'esercizio di una potestà pubblica, in relazione al quale possa predicarsi un cattivo uso del potere». [Cons. Stato, Sez. III, 25/03/2019, n. 1937].

L'art. 9 *ter* D.L. 78/2015 fa discendere dall'attivazione del rapporto negoziale e dall'esecuzione controprestazionale (fatturato) la configurazione, in capo alla parte fornitrice, di un obbligo giuridico: il ripiano in misura pari all'incidenza percentuale del proprio fatturato sul totale della spesa.

P.q.M.

Si chiede a codesto ecc. mo TAR, previo eventuale rinvio alla Corte costituzionale e/o alla Corte di giustizia europea, di annullare determina della

Direzione Regionale Salute e Welfare della Regione Umbria n. 13106 del
14.12.2022 e atti presupposti, connessi e conseguenziali.

Contributo assolto mediante il versamento di Euro 650,00

Vinte le spese e gli onorari di giudizio.

Roma, 13 febbraio 2023

Avv. Nicola Pepe

Avv. Emilia Pulcini

Avv. Luigi Guerrieri