

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

Sede di Roma – Sezione 3Q – R.G. 13858/2022

RICORSO PER MOTIVI AGGIUNTI

Nell'interesse di **Thermo Fisher Diagnostics S.p.A.**, società unipersonale soggetta a direzione e coordinamento di Oxoid International Ltd (C.F. e P.IVA 00889160156), in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante, Fabio Villanova, con sede legale a Rodano (MI), Strada Rivoltana Km 4, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Claudio Bonora (C.F. BNRCLD52H19E317J – PEC claudio.bonora@milano.pecavvocati.it), Luigi Giuri (C.F. GRILGU66S04F054D - PEC luigi.giuri@milano.pecavvocati.it) e Marco Massimino (C.F. MSSMRC77P04F205Z – PEC marco.massimino@milano.pecavvocati.it) del Foro di Milano, nonché dall'avv. Emanuela Paoletti (C.F. PLTMNL66C53H501Z - PEC emanuelapaoletti@ordineavvocati-roma.org – Fax 06 45491982) del Foro di Roma, con domicilio fisico eletto presso lo studio di quest'ultima a Roma, Via Bruno Buozzi 68, e domicilio digitale presso l'indirizzo PEC claudio.bonora@milano.pecavvocati.it estratto dal registro Reginde, in forza di procura speciale allegata al presente atto

- ricorrente -

nel ricorso **R.G. n. 13858/2022** contro

Ministero della Salute (C.F. 80242250589), in persona del Ministro e legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Roma, Viale Giorgio Ribotta 5, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, con sede a Roma Via Dei Portoghesi 12;

Ministero dell'Economia e delle Finanze (C.F. 80415740580), in persona del Ministro e legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Roma, Via XX Settembre 97, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587), Roma Via dei Portoghesi 12;

Presidenza del Consiglio dei Ministri (C.F. 80188230587), in persona del Presidente *pro tempore*, con sede a Roma, Piazza Colonna 370, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587), Roma Via dei Portoghesi 12;

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*, con sede a Roma, Via della Stamperia 8 rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587), Roma Via dei Portoghesi 12;

Conferenza Delle Regioni E Province Autonome, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Roma, Via Parigi 11;

Regione Piemonte (C.F. 80087670016), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Torino, Piazza Castello 165;

Regione Autonoma Valle D'Aosta (C.F. 80002270074), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a con sede a Aosta, Piazza Deffeyes 1, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, Roma Via dei Portoghesi 12;

Regione Lombardia (C.F. 80050050154), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Milano, Piazza Città di Lombardia 1;

Provincia Autonoma di Bolzano (C.F. 00390090215), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Bolzano, Piazza Silvius Magnago 1, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, Roma Via dei Portoghesi 12;

Provincia Autonoma di Trento (C.F. 00337460224), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Trento, Piazza Dante 15, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587), Roma Via dei Portoghesi 12;

Regione Veneto (C.F. 80007580279), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Venezia, Palazzo Balbi - Dorsoduro;

Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Trieste, Piazza dell'Unita' d'Italia 1, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587), Roma Via dei Portoghesi 12;

Regione Liguria (C.F. 00849050109), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Genova, via Fieschi 15;

Regione Emilia Romagna (C.F. 80062590379), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Bologna, Viale Aldo Moro, 52;

Regione Toscana (C.F. 01386030488), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Firenze, Via Dinovoli 26;

Regione Umbria (C.F. 80000130544), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Perugia, Via Vannucci 96;

Regione Marche (C.F. 80008630420), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede ad Ancona, Via Gentile da Fabriano 9;

Regione Lazio (C.F. 80143490581), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Roma, Via R. Raimondi Garibaldi 7;

Regione Abruzzo (C.F. 80003170661), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a L'Aquila, Via Leonardo da Vinci 6, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587), Roma Via dei Portoghesi 12;

Regione Molise (C.F. 00169440708), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Campobasso, Via Genova 11, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587), Roma Via dei Portoghesi 12;

Regione Campania (C.F. 80011990639), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Napoli, Via S. Lucia 81;

Regione Puglia (C.F. 80017210727), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Bari, Lungomare N. Sauro 33;

Regione Basilicata (C.F. 80002950766), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Potenza, Via Vincenzo Verrastro 5;

Regione Calabria (C.F. 02205340793), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Catanzaro, Cittadella Regionale Catanzaro;

Regione Siciliana (C.F. 80012000826), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Palermo, Palazzo D' Orleans - Piazza Indipendenza 21, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, Roma Via dei Portoghesi 12;

Regione Siciliana – Assessorato alla Salute, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Palermo, Piazza Ottavio Ziino 24, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, Roma Via dei Portoghesi 12;

Regione Autonoma della Sardegna (C.F. 80002870923), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Cagliari, Viale Trento 69, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, Roma Via dei Portoghesi 12;

nonché nei confronti di

Roche Diagnostics S.p.A. (C.F. 10181220152), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede a Monza, Via G.B. Stucchi 110;

con l'intervento *ad adiuvandum* di

Confindustria Dispositivi Medici - Federazione Nazionale tra le imprese operanti nei settori dei Dispositivi Medici e delle Tecnologie Biomediche (C.F. 97123730158), con sede a Roma, Viale Luigi Pasteur, con il Prof. Avv. Diego Vaiano

nel ricorso principale

avente ad oggetto l'annullamento dei seguenti atti:

- a) Decreto del Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze del 6 luglio 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», pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 216 del 15 settembre 2022;

- b) Decreto del Ministero della Salute del 6 ottobre 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»,* pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 251 del 26 ottobre 2022;
- c) nonché per l'annullamento di ogni atto comunque connesso, preordinato e conseguente;

RICORSO PER MOTIVI AGGIUNTI

avente ad oggetto l'annullamento dei seguenti atti:

- d) **Determinazione n. 2022-D337-00238 del 14/12/2022** del Dirigente Generale Dipartimento Salute e Politiche Sociali della **Provincia Autonoma di Trento**, avente ad oggetto "*Definizione dell'elenco delle aziende fornitrici di dispositivi medici e attribuzione degli importi da queste dovuti per il ripiano del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici della Provincia autonoma di Trento per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, ai sensi del comma 9 bis dell'articolo 9 ter del decreto legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, e successivamente modificato al comma 8 dall'articolo 1, comma 557, della legge 30 dicembre 2018, n. 145*", nonché dei relativi Allegato A 2015, Allegato A 2016, Allegato A 2017 e Allegato A 2018;
- e) **Comunicazione in data 10 novembre 2022 Prot. D337/S128/2022/22.6-2022-3** del Direttore del Dipartimento Salute e politiche sociali della **Provincia Autonoma di Trento**, avente ad oggetto "*comunicazione ai sensi dell'art. 25 della legge provinciale sull'attività amministrativa (l.p. 30 novembre 1992, n. 23) e degli artt. 7 e 8 della l. n. 241 del 1990 di avvio del procedimento di ripiano per il superamento del tetto di spesa per i dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018 di cui all'articolo 9 ter, comma 9 bis del d.l. n. 78 del 2015*", ricevuta a mezzo pec in data 11 novembre 2022;
- f) **Decreto del Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze del 6 luglio 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», pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 216 del 15 settembre 2022;

- g) **Decreto del Ministero della Salute del 6 ottobre 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*», pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 251 del 26 ottobre 2022;
- h) nonché per l'annullamento di ogni atto comunque connesso, preordinato e conseguente;
nonché avente ad oggetto, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a.
- i) l'annullamento e/o la riforma, ai sensi dell'art. 25 della legge n. 241/1990, diniego dell'Amministrazione resistente formatosi a seguito del silenzio sulla richiesta di accesso documentale della ricorrente trasmessa via PEC in data 24/11/2022;
- j) l'accertamento del diritto della ricorrente di ottenere l'accesso e l'estrazione di copia integrale dei documenti indicati nell'istanza di accesso, con la conseguente condanna dell'Amministrazione resistente alla relativa esibizione e al rilascio di copia;
- k) nonché per l'annullamento di ogni atto comunque connesso, preordinato e conseguente, allo stato non noto, con espressa riserva di motivi aggiunti.

* * *

1. Con ricorso notificato in data 14 novembre 2022, Thermo Fisher Diagnostics S.p.A. (di seguito «**TFD**» o «**Società**») ha impugnato i provvedimenti con cui il Ministero della Salute (di seguito anche «**Ministero**»), di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze (di seguito anche «**MEF**»), ha dato attuazione al meccanismo di ripiano del superamento del tetto di spesa sanitaria per l'acquisto di dispositivi medici (c.d. *payback*). Con l'art. 18 del decreto legge 9 agosto 2022, n. 115, convertito con modificazioni dalla legge 21 settembre 2022, n. 142 (*Decreto aiuti bis*), infatti, il Governo ha disposto una improvvisa "accelerazione" delle procedure di ripiano per il superamento del tetto di spesa per l'acquisto di dispositivi medici per gli anni dal 2015 al 2018, che erano rimaste sostanzialmente inapplicate dopo l'approvazione dell'art. 9-ter del decreto legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 125.

Quest'ultima disposizione, in particolare, aveva previsto che l'eventuale superamento del tetto di spesa regionale, rilevato sulla base del fatturato di ciascuna azienda al lordo dell'IVA, come certificato dal Ministro della Salute di concerto con il MEF entro il 30

settembre di ogni anno, in via provvisoria, e poi entro il 30 settembre dell'anno successivo, in via definitiva, fosse posto a carico delle aziende fornitrici di dispositivi medici per una quota complessiva pari al 40% nell'anno 2015, al 45% nell'anno 2016 e al 50% a decorrere dall'anno 2017, concorrendo ciascuna azienda 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.

2. La procedura sopra richiamata – che come detto è rimasta priva di concreta applicazione – è stata parzialmente modificata dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Legge di bilancio 2019), con la quale è stato previsto che: i) il superamento del tetto di spesa a livello nazionale e regionale fosse dichiarato con decreto del Ministro della Salute, di concerto con il MEF, entro il 30 settembre di ogni anno; ii) la rilevazione per l'anno 2019 fosse effettuata entro il 31 luglio 2020 e, per gli anni successivi, entro il 30 aprile dell'anno seguente a quello di riferimento, sulla base dei dati risultanti dalla fatturazione elettronica, relativi all'anno solare di riferimento.

Anche questa procedura, però, è rimasta inattuata e, soltanto nel mese di novembre 2019, è intervenuto l'accordo tra Governo, Regioni e Province autonome, che ha fissato il tetto di spesa regionale per gli anni 2015 – 2018 in misura pari al 4,4% del fabbisogno sanitario regionale “standard”, stabilendo che per il relativo calcolo dovesse farsi riferimento ai dati di costo rilevati a consuntivo per ciascuno dei predetti anni dal conto economico (modello CE) consolidato regionale nella voce BA0210. A partire dall'anno 2019, invece, la rilevazione dovrebbe avvenire sulla base dei dati risultanti dalla fatturazione elettronica, tenuto conto delle indicazioni operative contenute nella circolare del 26 febbraio 2020 Rep. 5496, predisposta dal Tavolo tecnico istituito presso il Ministero della Salute con la partecipazione dei referenti regionali e del MEF.

3. Ancora una volta, però, il procedimento per ottenere il ripiano dell'eventuale sfioramento del tetto di spesa per gli acquisti di dispositivi medici è rimasto privo di applicazione fino al mese di agosto 2022, quando il decreto legge n. 115/2022 (Decreto aiuti bis) ha integrato l'art. 9-ter del decreto legge n. 78/2015, introducendo una disciplina derogatoria rispetto a quella iniziale, in base alla quale, limitatamente al ripiano dell'eventuale superamento del tetto di spesa regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, dichiarato con decreto del Ministro della Salute di concerto con il MEF: *entro 30 giorni* dalla data di pubblicazione del predetto decreto ministeriale, sono adottate le linee guida propedeutiche alla emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali con decreto del Ministero della Salute d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti

tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano; *entro il termine di 90 giorni* dalla data di pubblicazione del decreto che certifica il superamento del tetto di spesa, le regioni e le province autonome definiscono l'elenco delle aziende fornitrici soggette al ripiano per ciascun anno, previa verifica della documentazione contabile anche per il tramite degli enti del servizio sanitario regionale.

4. Il superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 è stato, quindi, certificato dal Ministero della Salute di concerto con il MEF con decreto del 6 luglio 2022, pubblicato sulla GURI del 15 settembre 2022, che ha posto a carico delle aziende una quota pari a **Euro 2.085.940.579**, così ripartita: Euro 416.274.918 per il 2015; Euro 473.793.126 per il 2016; Euro 552.550.000 per il 2017 e Euro 634.322.535 per il 2018.

In attuazione dell'art. 18 del Decreto aiuti bis, il Ministero della Salute ha, altresì, adottato il decreto 6 ottobre 2022, pubblicato sulla GURI del 26 ottobre 2022, per approvare le linee guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018 (*Linee guida*).

5. Entrambi i suddetti decreti ministeriali sono stati impugnati davanti al TAR Lazio Roma da TFD con il ricorso introduttivo del presente giudizio - nonché con separati ricorsi da centinaia di altre aziende fornitrici di dispositivi medici, tra le quali Life Technologies Italia S.r.l., anch'essa appartenente al Gruppo Thermo Fisher Scientific - per contestarne la manifesta illegittimità sotto i seguenti profili:

- *Violazione degli artt. 3, 42 e 53 Costituzione – Incompatibilità con l'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU, con l'art. 17 della Carta sui diritti fondamentali dell'Unione Europea e con l'art. 6 del TUE – Incompatibilità con le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE in materia di contratti pubblici: illegittimità dei decreti ministeriali per contrasto della disciplina normativa del payback con i principi costituzionali e con il diritto europeo;*
- *Violazione dell'art. 3 Costituzione - Eccesso di potere sotto i profili del travisamento ed erronea valutazione degli elementi di fatto e dei presupposti di diritto - Omessa o carente istruttoria - Difetto di motivazione - Illogicità e irragionevolezza. Violazione del legittimo affidamento: illegittima applicazione retroattiva del payback in contrasto con il principio dell'affidamento nella certezza e stabilità dei rapporti giuridici;*

- *Violazione dell'art. 97 Costituzione - Violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del decreto legge n. 115/2022 - Eccesso di potere sotto i profili del travisamento ed erronea valutazione degli elementi di fatto e dei presupposti di diritto - Omessa o carente istruttoria - Difetto di motivazione - Illogicità e irragionevolezza: insufficienza e inadeguatezza delle Linee guida approvate dal Ministero;*
- *Violazione dell'art. 97 Costituzione - Violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del decreto legge n. 115/2022 - Eccesso di potere sotto i profili del travisamento ed erronea valutazione degli elementi di fatto e dei presupposti di diritto - Omessa o carente istruttoria - Difetto di motivazione - Illogicità e irragionevolezza: insufficienza e inadeguatezza delle Linee guida con riferimento alla separazione tra il costo del bene il costo del servizio;*
- *Violazione dell'art. 97 Costituzione - Violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del decreto legge n. 115/2022 - Violazione e falsa applicazione degli artt. 1241 e 1243 c.c. - Eccesso di potere sotto i profili del travisamento ed erronea valutazione degli elementi di fatto e dei presupposti di diritto - Omessa o carente istruttoria - Difetto di motivazione - Illogicità e irragionevolezza: insufficienza e inadeguatezza delle Linee guida con riferimento al meccanismo di compensazione dei debiti;*
- *Violazione dell'art. 97 Costituzione - Violazione e falsa applicazione del DPR n. 633/1972 - Eccesso di potere sotto i profili del travisamento ed erronea valutazione degli elementi di fatto e dei presupposti di diritto - Omessa o carente istruttoria - Difetto di motivazione - Illogicità e irragionevolezza: illegittima determinazione del fatturato delle aziende al lordo dell'IVA.*

6. Successivamente, la maggior parte delle amministrazioni regionali e provinciali hanno avviato i rispettivi procedimenti amministrativi, ai sensi degli artt. 7 e 8 della legge n. 241/1990, per adottare l'elenco delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggette al ripiano per gli anni dal 2015 al 2018, sulla base di quanto stabilito dall'art. 18 del Decreto aiuti bis e dai provvedimenti ministeriali sopra richiamati.

Sia la ricorrente TFD sia la società Life Technologies Italia, entrambe appartenenti al Gruppo Thermo Fisher Scientific, sono indicate negli elenchi pubblicati dalle regioni e dalle province autonome e le quote complessive di *payback* a carico delle suddette imprese per il ripiano del superamento del tetto di spesa sanitaria ammontano rispettivamente a **Euro 13.005.727** (TFD) e **Euro 3.046.406,15** (Life Technologies).

Si tratta di somme che, oltre a non essere dovute in considerazione dei numerosi profili di illegittimità, incostituzionalità e contrasto con il diritto comunitario della disciplina

generale sul *payback* che comportano, anche in via derivata, la invalidità di tutti i provvedimenti attuativi successivi e conseguenti, sono manifestamente abnormi e spropositate, tali da pregiudicare l'esistenza stessa e l'operatività delle imprese operanti nel settore dei dispositivi medici, come la ricorrente TFD.

Quest'ultima si trova quindi costretta ad impugnare i singoli provvedimenti con cui le regioni e le province autonome hanno richiesto alla Società il pagamento, in un'unica soluzione, delle somme asseritamente dovute a titolo di ripiano per gli anni 2015 -2018, riservandosi altresì di chiedere, in via cautelare, la sospensione degli effetti degli atti impugnati, per scongiurare il rischio concreto che venga meno l'intero patrimonio sociale.

7. In particolare, con comunicazione trasmessa a mezzo PEC in data 11 novembre 2022, il Dipartimento Salute e politiche sociali della Provincia Autonoma di Trento (di seguito «**Provincia**») ha avviato il procedimento ai sensi degli artt. 7 e 8 della legge 241/1990 avente ad oggetto l'adozione del decreto con il quale sono definiti gli elenchi delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggetti al ripiano per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017, 2018, ai sensi dell'articolo 9-ter, comma 9-bis, del d.l. 78/2015 (**doc. 1**, comunicazione di avvio procedimento).

In data 24 novembre 2022, TFD ha trasmesso via pec alla Provincia le sue osservazioni preliminari in merito al procedimento, contestandone la illegittimità, sia in via derivata, per contrasto della disciplina normativa del *payback* con i principi costituzionali e con il diritto europeo, sia per vizi propri del procedimento che privano di effettività il diritto di partecipazione spettante alla Società, in palese violazione delle disposizioni dettate in proposito dalla legge n. 241/1990, nonché del principio generale di trasparenza dell'azione amministrativa (**doc. 2**, ricevuta di consegna comunicazione TFD del 24 novembre 2022; **doc. 3**, memoria di TFD). Con la suddetta comunicazione, la Società ha altresì chiesto l'accesso a tutti gli atti e documenti del procedimento (**doc. 4**, istanza di accesso atti TFD).

8. Con Determinazione n. 2022-D337-00238 del 14 dicembre 2022, il Dirigente Generale Dipartimento Salute e Politiche Sociali della Provincia Autonoma di Trento ha determinato gli oneri di ripiano della spesa per dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, ai sensi dell'art. 9-ter del decreto legge n. 78/2015 e s.m.i. e dei decreti ministeriali sopra richiamati, a carico delle aziende di settore, inclusa la ricorrente TFD (**doc. 5**, Determinazione n. 2022-D337-00238 del 14 dicembre 2022).

Il suddetto provvedimento, ha determinato l'importo complessivo di ripiano per gli anni

2015, 2016, 2017 e 2018 a carico delle aziende fornitrici di dispositivi medici nella misura di Euro 47.871.101,85.

La quota specifica di ripiano a carico di TFD per gli anni suddetti è stata determinata nella somma di **Euro 383.272**, in misura percentuale rispetto ai fatturati annui che sono stati imputati alla Società (e alle aziende incorporate in data 1° luglio 2016, Phadia S.r.l. e Brahms Italia S.r.l., anch'esse richiamate nell'elenco approvato dalla Provincia) sulla base dei calcoli effettuati dalle aziende sanitarie regionali, senza però fornire: i) alcuna indicazione sulla metodologia utilizzata per quantificare la spesa sostenuta negli anni di riferimento per l'acquisto diretto dei dispositivi medici, nonché per il calcolo dell'entità del superamento dei relativi tetti e del conseguente ripiano a carico della scrivente Società; ii) né la documentazione, anche contabile, che ai sensi della normativa di settore deve costituire la base dei dati e delle informazioni sulla cui base tali calcoli devono essere effettuati, rendendo così impossibile qualsivoglia verifica in ordine alla correttezza dei calcoli stessi.

Infatti, la Provincia non ha neppure riscontrato la comunicazione con cui TFD ha chiesto l'accesso a tutti i documenti sulla base dei quali è stato definito l'elenco delle aziende fornitrici e sono state determinate le quote di ripiano individuali.

Anche per questa ragione, TFD impugna tutti i provvedimenti con cui la Provincia ha determinato gli oneri di ripiano della spesa per dispositivi medici per gli anni 2015 – 2018, ribadendo tutti i motivi di censura già proposti con il ricorso principale, da intendersi qui integralmente trascritti e proposti anche nei confronti dei provvedimenti successivi, che vengono impugnati, anche per illegittimità derivata, unitamente a tutti gli atti già gravati, per i motivi di seguito indicati.

I. NEL MERITO: ILLEGITTIMITÀ DEI PROVVEDIMENTI DI DETERMINAZIONE DEGLI ONERI DI RIPARTO DEL SUPERAMENTO DEL TETTO DI SPESA DEI DISPOSITIVI MEDICI

I provvedimenti impugnati sono gravemente lesivi della posizione giuridica della ricorrente e sono illegittimi, per cui meritano di essere annullati, per le seguenti ragioni.

1. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione dei principi sulla trasparenza amministrativa: Violazione dell'art. 97 Costituzione – Violazione dei principi di cui alla legge n. 241/1990 – Violazione delle Linee guida approvate con DM 6 ottobre 2022. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

Il provvedimento con cui la Provincia ha definito l'elenco delle aziende soggette al ripiano del superamento del tetto di spesa per i dispositivi medici e le quote a carico di

ciascuna di esse è illegittimo per la carenza di trasparenza amministrativa sui dati elaborati dalle amministrazioni coinvolte e sulle ragioni per le quali si è ritenuto di pervenire alle suddette quantificazioni, nonché per mancato assolvimento degli obblighi di verifica dei dati da parte dell'amministrazione.

1.1. Il procedimento delineato dall'art. 18 del Decreto aiuti bis e dai successivi decreti ministeriali – che l'esponente ha impugnato con il ricorso principale, in particolare, per insufficienza e inadeguatezza delle Linee guida approvate dal Ministero – prevede che, in caso di superamento del tetto di spesa regionale o di una provincia autonoma, *«ai fini della determinazione del fatturato di ciascuna azienda fornitrice, gli enti del Servizio sanitario regionale o provinciale procedono alla ricognizione delle fatture correlate ai costi iscritti alla voce “BA0210 — Dispositivi medici” del modello CE consuntivo dell'anno di riferimento del superamento del tetto di spesa regionale o provinciale per gli importi contabilizzati alla voce “BA0201”»* (art. 3, comma 1, Linee guida) e che *«i medesimi enti di cui al comma 1, conseguentemente, calcolano il fatturato annuo di ciascuna azienda fornitrice di dispositivi medici al lordo dell'IVA, come somma degli importi delle fatture riferite ai dispositivi medici contabilizzati nel modello CE alla voce “BA 0210 — Dispositivi medici” del modello CE consuntivo dell'anno di riferimento»* (art. 3, comma 2, Linee guida).

Sulla base delle Linee guida ministeriali, dunque, elementi fondamentali per determinare il fatturato di ciascuna azienda fornitrice sono le *«fatture riferite ai dispositivi medici»* contabilizzati nel modello CE alla voce *“BA0210 — Dispositivi medici”*, per cui è essenziale poter verificare le fatture che sono state effettivamente prese in considerazione dalle aziende sanitarie per il calcolo dei fatturati e l'elenco dei dispositivi medici rilevanti per il conteggio.

Bisogna infatti considerare che alla fornitura del dispositivo medico si accompagnano molto spesso servizi che vanno dall'assistenza tecnica necessaria al fine di utilizzare il dispositivo medico in questione, al noleggio o comodato d'uso di apparecchiature che si connesse alla fornitura del materiale consumabile, a tantissime ipotesi di servizio che si legano indissolubilmente alla fornitura del dispositivo, che vengono fatturate insieme al dispositivo ma che sono cosa diversa dal dispositivo medico e che non devono essere considerate per il calcolo del fatturato e della conseguente quota di ripiano.

Al riguardo, peraltro, in base alle Linee guida, *«le regioni e le province autonome interessate verificano la coerenza del fatturato complessivo indicato nelle deliberazioni aziendali (...)»* (art. 4, comma 1), per cui dovrebbe essere uno specifico compito delle amministrazioni regionali e provinciali quello di verificare la correttezza dell'analisi contabile

svolta dalle aziende sanitarie, anche (e soprattutto) con riferimento alla coerenza con le fatture effettivamente emesse per l'acquisto di (e soltanto di) dispositivi medici.

1.2. Tutte le regioni e province autonome, compresa la Provincia che ha emesso il provvedimento oggi impugnato, non hanno fornito alcuna indicazione circa la metodologia utilizzata per la quantificazione della spesa sostenuta negli anni di riferimento per l'acquisto diretto dei dispositivi medici, nonché per il calcolo dell'entità del superamento dei relativi tetti e del conseguente ripiano da addossarsi a carico della scrivente società. In particolare, alle aziende indicate nell'elenco alla determinazione impugnata non è stato consentito di identificare quali tipologie di dispositivi medici siano state ricomprese nel calcolo, se e come l'amministrazione abbia scorporato dalla spesa sostenuta per il relativo acquisto il costo dei servizi connessi alla fornitura (così come previsto dalla normativa) e, più in generale, di individuare e valutare i criteri seguiti nell'espletamento della complessa attività di elaborazione richiesta nella fattispecie.

Inoltre, non è stata messa a disposizione delle aziende la documentazione, anche di carattere contabile, contenente i dati e le informazioni sulla cui base tali calcoli sono stati effettuati, rendendo impossibile operare qualsivoglia verifica in ordine alla correttezza della quantificazione dell'importo richiesto a titolo di ripiano a carico della scrivente società, sulla base in particolare delle fatture effettivamente emesse per la fornitura di dispositivi medici.

1.3. Quanto sopra priva di effettività i diritti di partecipazione al procedimento spettanti alla scrivente azienda, rendendoli sostanzialmente inutili in palese violazione delle disposizioni dettate in proposito dalla legge n. 241/1990, nonché del principio generale di trasparenza dell'azione amministrativa.

Come affermato dalla giurisprudenza che si è pronunciata sul ripiano nel settore della spesa farmaceutica, infatti, in assenza di tali informazioni si finisce illegittimamente *«con l'assegnare in definitiva una sorta di fede privilegiata ... sia al dato complessivo nazionale [...] sia a quello prodotto dalle singole Regioni, in palese contrasto con il principio di trasparenza dell'azione amministrativa e con il principio che spetta all'amministrazione provare la fondatezza e la veridicità dei fatti sulla cui base ha adottato uno specifico provvedimento»* (TAR Lazio Roma, Sez. III-Quater, 25/03/2015, n. 4538).

Peraltro, bisogna considerare che, con riferimento al sistema di governo della spesa per l'acquisto dei dispositivi medici, eventuali errori nei calcoli riguardanti la situazione di un'azienda si ripercuotono sulla correttezza dei calcoli che riguardano anche tutte le altre, così che tali errori vanno a viziare i conteggi sulla base dei quali sono quantificati

i ripiani posti a carico di ognuna di esse. Di conseguenza, è necessario che i conteggi siano tutti verificabili dalle aziende, poiché l'errore presente nei dati di spesa anche di un solo prodotto di una sola azienda si ripercuote su tutte quelle chiamate a sostenere gli oneri di ripiano.

La mancata messa a disposizione dell'intero complesso di dati utilizzati per la quantificazione della spesa sostenuta negli anni 2015 – 2018 per l'acquisto diretto dei dispositivi medici, del superamento dei relativi tetti di spesa e delle quote di ripiano impedisce alle aziende di verificare la correttezza della ricognizione dei fatturati e degli importi asseritamente dovuti da ciascuna di esse, con conseguente violazione delle disposizioni di cui alla legge n. 241/1990 e del generale principio di trasparenza amministrativa.

2. Omessa attività di verifica di coerenza dei dati trasmessi dalle aziende sanitarie: Violazione dell'art. 97 Cost. – Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 - Violazione dell'art. 4 delle Linee guida approvate con DM 6 ottobre 2022. Eccesso di potere sotto i profili del travisamento ed erronea valutazione degli elementi di fatto e dei presupposti di diritto - Omessa o carente istruttoria - Difetto di motivazione - Illogicità e irragionevolezza

I provvedimenti impugnati sono manifestamente illegittimi per carenza di motivazione e difetto di istruttoria anche sotto un ulteriore profilo.

2.1. Come sopra evidenziato, le Linee guida hanno attribuito alle regioni e alle province autonome il compito di verificare la coerenza del fatturato indicato nelle deliberazioni aziendali assunte dagli enti del servizio sanitario regionale e provinciale con quanto contabilizzato nella voce «BA0210 - Dispositivi medici» del modello CE consolidato regionale (999) dell'anno di riferimento (art. 4 delle Linee guida).

Tuttavia, nel caso di specie, il provvedimento finale assunto dalla Provincia si limita a richiamare le delibere trasmesse dalle singole aziende sanitarie, senza fornire la benché minima indicazione delle verifiche poste in essere dalla Provincia per controllare la correttezza dell'analisi contabile svolta dalle aziende sanitarie, il che comporta la manifesta illegittimità del provvedimento per assoluta carenza di istruttoria e di motivazione.

2.2. Il suddetto vizio si riverbera sulle somme addebitate a TFD, così come ad ogni altro soggetto chiamato a versare importi a fronte del *payback*, sotto un ulteriore profilo.

L'esame degli addebiti ed il confronto con i dati rilevati dalla Società direttamente o in sede di analisi di Gruppo dimostra come alcune regioni abbiano “gonfiato” il fatturato utile ai fini del calcolo dello scostamento tra l'effettiva spesa sostenuta e l'ammontare

del budget programmato e posto alla base del calcolo della differenza incrementale. Da ciò deriva un aggravio per tutte le aziende che vengono coinvolte dalla procedura.

Per esemplificare e rendere immediatamente comprensibile l'addebito, basterà pensare che nel caso in cui un ente, che aveva un budget originario di 50.000 euro, qualifichi quali dispositivi medici macchinari e beni del valore di 150.000 euro, in luogo di macchinari e beni di 100.000 euro, lo scostamento che ne deriva sarà di 100.000 euro in luogo di uno scostamento di 50.000 euro.

Questo maggior valore sarà posto per la metà a carico di tutte le aziende coinvolte *pro quota* sul fatturato percentuale che avranno maturato nell'anno di riferimento, con l'evidente risultato che ciascuna di queste aziende pagherà una maggiore somma risultante dall'applicazione di tale percentuale all'importo di 50.000 euro.

Al riguardo, TFD ha avuto modo di vedere regioni che hanno determinato un fatturato rilevante pari a oltre 100 volte il fatturato effettivo che avrebbe dovuto essere preso in considerazione per altre aziende, il che falsa irrimediabilmente anche l'ammontare del *payback* che le medesime regioni hanno chiesto alla ricorrente.

3. Determinazione del fatturato rilevante e della quota di ripiano a carico delle aziende senza scorporare dal costo del bene il costo dei servizi accessori: Violazione dell'art. 17, comma 1, lett. c) del d.l. 98/2011 e dell'art. 9 ter del d.l. n. 78/2015. Eccesso di potere sotto i profili del travisamento ed erronea valutazione degli elementi di fatto e dei presupposti di diritto - Omessa o carente istruttoria - Difetto di motivazione - Illogicità e irragionevolezza

La normativa vigente collega il ripiano stabilito a carico delle aziende per l'acquisto di dispositivi medici il cui costo è riportato nei modelli di Conto Economico delle Regioni, con la conseguente necessità – come evidenziato nel ricorso principale – di non considerare nel conteggio di tale spesa i dispositivi medici ad utilità pluriennale, che rientrano nei modelli di Stato Patrimoniale, e soprattutto di scorporare il costo dei servizi da quello che è propriamente riconducibile al dispositivo medico.

Tuttavia, le Linee guida approvate dal Ministero non hanno fornito alcuna indicazione per separare il costo dei dispositivi medici (assoggettati al *payback*) dal costo di beni e servizi diversi, con la conseguenza che l'amministrazione ha considerato l'intero fatturato derivante dalle forniture a favore delle aziende sanitarie al fine di determinare la quota di ripiano a carico delle singole aziende, senza scorporare il prezzo dei servizi, il

che rende manifestamente illegittimo il provvedimento di determinazione delle quote di ripiano a carico delle aziende, tra le quali l'odierna ricorrente.

3.1. Al riguardo, la necessità di separare il costo dei dispositivi medici dal costo di eventuali servizi connessi alle forniture a favore delle strutture sanitarie si desume dai provvedimenti in materia di razionalizzazione della spesa sanitaria.

In particolare, l'art. 17, comma 1, lett. c), del d.l. 98/2011 stabilisce che *«ai fini di controllo e razionalizzazione della spesa sostenuta direttamente dal Servizio sanitario nazionale per l'acquisto di dispositivi medici, in attesa della determinazione dei costi standardizzati sulla base dei livelli essenziali delle prestazioni che tengano conto della qualità e dell'innovazione tecnologica, elaborati anche sulla base dei dati raccolti nella banca dati per il monitoraggio dei consumi dei dispositivi medici direttamente acquistati dal Servizio sanitario nazionale di cui al decreto del Ministro della salute dell'11 giugno 2010, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 175 del 2010, 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, e' fissata entro un tetto a livello nazionale e a livello di ogni singola regione (...)»*. Pertanto, la misura di razionalizzazione riguarda solo le spese per l'acquisto di dispositivi medici, compresa l'assistenza protesica, restando escluso qualsiasi altro tipo di bene o di servizio che non sia strettamente riconducibile alla categoria dei "dispositivi medici".

A conferma di ciò, art. 9-ter, comma 8, del d.l. n. 78/2015, come modificato dall'art. 1, comma 557, della Legge di bilancio 2019, ha precisato che *«nell'esecuzione dei contratti, anche in essere, è fatto obbligo di indicare nella fatturazione elettronica in modo separato il costo del bene e il costo del servizio»*.

Non vi è alcun dubbio, quindi, che il fatturato rilevante per determinare le quote di ripiano è soltanto quello derivante dalla fornitura dei dispositivi medici, senza considerare il prezzo pagato dalle strutture sanitarie per l'erogazione di servizi accessori. Si pensi all'assistenza tecnica, ma anche al comodato d'uso di prodotti e apparecchiature che si accompagnano alla fornitura del prodotto impiantabile e/o consumabile, ai servizi di spedizione, alla formazione e alle tantissime ulteriori componenti di servizio che si legano indissolubilmente alla fornitura del dispositivo (anche all'interno degli stessi capitolati di gara) e vengono fatturate in uno con il dispositivo ma che sono cosa diversa da quest'ultimo e non devono dunque essere conteggiati ai fini della verifica del superamento del tetto di spesa e poi del ripiano da addossare alle aziende.

3.2. Nel caso di specie, anche se la Provincia non ha esibito le fatture e l'elenco dei dispositivi medici sulla base dei quali sono state determinate le quote di ripiano a carico delle singole aziende – il che comporta la necessità di ordinare, in via incidentale nel presente giudizio, l'accesso alla documentazione che non è stata esibita su richiesta del ricorrente o, comunque, di disporre l'acquisizione mediante un provvedimento istruttorio – tutte le gare pubbliche indette dalle strutture sanitarie regionali per la fornitura di dispositivi medici alle quali ha partecipato la ricorrente prevedevano a carico dell'impresa aggiudicataria l'erogazione di servizi accessori che sono stati fatturati unitamente al corrispettivo per i dispositivi medici, ma che non devono assolutamente essere conteggiati ai fini della determinazione del fatturato rilevante per il *payback*.

A titolo esemplificativo, la ricorrente produce la documentazione di gara relativa alle principali forniture che la Società ha eseguito nel periodo 2015 – 2018 a favore delle strutture sanitarie regionali nel territorio di riferimento del presente ricorso, dalla quale risulta che il fornitore ha erogato e fatturato unitamente alla fornitura dei dispositivi medici anche i seguenti servizi: spedizione degli strumenti e dei materiali di consumo, formazione del personale, assistenza tecnica inclusiva anche del servizio di supporto a distanza (**doc. 6**, documentazione gara Trento Allergy).

Inoltre, bisogna considerare anche tutti gli oneri che la Società ha sostenuto per partecipare alle gare (garanzia provvisoria e contributo versato all'ANAC), anch'essi richiamati nella documentazione allegata e che non possono essere oggetto di *payback*.

3.3. Per non tacere del fatto che il prezzo di gara include anche altre voci (es. i costi della sicurezza) che altrettanto non possono essere oggetto di ripiano e che un servizio (es. magazzino) apparentemente simile può avere costi diversi per le aziende a seconda, ad esempio, della distanza geografica dalla stazione appaltante.

Non solo, non può neppure non tenersi conto del fatto che tali servizi e forniture complementari, valgano per tutti l'esempio dei comodati d'uso, siano resi sulla base di valutazioni di sostenibilità per le aziende che non possono essere ulteriormente contratte dal *payback* e senza che le aziende abbiano la possibilità di non offrire alcune delle componenti previste dal capitolato (se non a pena di esclusione o di impossibilità di valutazione, quanto al processo di selezione, o senza incorrere in inadempimento nel caso dell'esecuzione di un contratto).

In particolare, anche nei casi in cui la gara prevedeva la fornitura della strumentazione in comodato d'uso gratuito, la Società ha valutato l'offerta per partecipare alla selezione e il prezzo di fornitura dei materiali e dei servizi al fine di rendere comunque

remunerativa l'affidamento della fornitura, sicché l'applicazione *ex post* di una somma in restituzione calcolata sul fatturato derivante da quella fornitura comporta una modifica inammissibile delle condizioni economiche contrattuali, tenuto conto della quale probabilmente il concorrente avrebbe effettuato altre valutazioni e, addirittura, evitato di partecipare alla gara.

Anche per questa ragione, la determinazione del fatturato derivante dalla fornitura di dispositivi medici senza scorporare tutti i servizi accessori e senza considerare gli ulteriori costi sostenuti dalla Società per partecipare alle gare indette dalle strutture sanitarie regionali e per dare esecuzione ai contratti comporta la manifesta illegittimità della quota di ripiano posta a suo carico, per violazione di legge ed eccesso di potere sotto i profili del travisamento ed erronea valutazione degli elementi di fatto e dei presupposti di diritto, omessa o carente istruttoria, difetto di motivazione, illogicità e irragionevolezza.

II. ULTERIORI MOTIVI DI IMPUGNAZIONE

Esaminati i profili di illegittimità specifici dei provvedimenti regionali, la ricorrente ribadisce tutti i motivi di censura già proposti davanti al TAR Roma contro i decreti ministeriali con cui il Ministero della Salute ha certificato il superamento del tetto di spesa e ha approvato le Linee guida, nonché contro tutti gli atti presupposti e connessi, da intendersi qui integralmente trascritti anche nei confronti della successiva determinazione regionale, che quindi è impugnata in questa sede anche per invalidità derivata, nelle parti in cui ha confermato e attuato la disciplina del *payback* sui dispositivi medici. ***Illegittimità dei decreti ministeriali per contrasto della disciplina normativa del payback con i principi costituzionali e con il diritto europeo (1° motivo del ricorso principale)***

Con i decreti ministeriali impugnati con il ricorso principale, il Ministero della Salute ha avviato, soltanto nel mese di luglio 2022, il procedimento per dare attuazione alle disposizioni con cui il Governo aveva previsto, con il decreto legge n. 78/2015, di porre a carico delle aziende fornitrici di dispositivi medici una quota delle risorse necessarie (quantificate soltanto *ex post* nella misura di oltre 2 miliardi di euro) per ripianare il superamento del tetto della spesa sanitaria provocato dalle strutture sanitarie regionali e provinciali, sulla base di una disciplina speciale e derogatoria approvata in via d'urgenza soltanto con il decreto legge n. 115/2022 e applicabile, in via retroattiva, agli anni dal 2015 al 2018. La suddetta disciplina è in manifesto contrasto rispetto ai principi

costituzionali e risulta incompatibile anche con il diritto comunitario, sicché la sua legittimità dovrà essere rimessa al vaglio delle competenti autorità di garanzia.

Sotto un primo profilo, le norme che disciplinano il *payback* dei dispositivi medici realizzano un esproprio dei diritti di proprietà privata delle aziende, senza peraltro essere accompagnato da un adeguato indennizzo, come richiesto invece dall'art. 42 della Costituzione. L'imposizione del ripiano del superamento del tetto della spesa sanitaria sulle aziende fornitrici di dispositivi medici risulta, altresì, incompatibile con la tutela del diritto di proprietà sancito dall'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU e dall'art. 17 della Carta sui diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Inoltre, le norme che disciplinano il *payback* comportano una prestazione patrimoniale imposta e attribuita arbitrariamente in capo alle aziende operanti in un determinato settore industriale, in grado di generare una violazione rispetto ai principi costituzionali in materia tributaria stabiliti dall'art. 53 della Costituzione, oltre che un'irragionevole e ingiustificata disparità di trattamento rispetto al regime tributario cui sono soggette le imprese che operano in altri settori industriali.

La disciplina in commento ha sostanzialmente ridefinito, in via retroattiva, il contenuto economico dei contratti stipulati dalle strutture sanitarie italiane in danno delle aziende fornitrici, le quali vengono private di una parte del corrispettivo pattuito e, ormai da molto tempo, regolarmente versato e sul quale sono state già corrisposte le tasse dovute (trattandosi di richieste di *payback* relative al periodo 2015 - 2018), a prescindere da qualsiasi comportamento negligente imputabile alle aziende.

La normativa in oggetto, quindi, è manifestamente irragionevole, oltre che in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, per violazione del principio di uguaglianza e del legittimo affidamento delle parti contrattuali sulla certezza e stabilità dei rapporti giuridici.

Inoltre, la disciplina sul *payback* è in contrasto con i principi di derivazione comunitaria in base ai quali l'affidamento dei contratti pubblici deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, sui quali le aziende fornitrici di dispositivi medici, come l'esponente, hanno fatto legittimo affidamento al momento di partecipare alle gare e durante la successiva fase esecutiva dei contratti stipulati.

Quanto precede comporta la illegittimità, anche in via derivata, dei provvedimenti assunti dalla Provincia per definire l'elenco delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggette al ripiano per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017 e 2018.

Illegittima applicazione retroattiva del *payback* in contrasto con il principio dell'affidamento nella certezza e stabilità dei rapporti giuridici (2° motivo del ricorso principale)

Il provvedimento regionale impugnato è illegittimo, sempre in via derivata, perché il Ministero della Salute ha dato attuazione alle norme di accelerazione delle procedure di ripiano per il superamento del tetto di spesa per i dispositivi medici approvate retroattivamente per l'intero quadriennio dal 2015 al 2018, a distanza di circa 7 anni da quando è stato introdotto nell'ordinamento giuridico, per effetto del decreto legge n. 78/2015, il meccanismo del *payback*, che è rimasto sostanzialmente inapplicato sino al decreto legge n. 115/2022.

L'accelerazione suddetta, oltre a violare le disposizioni costituzionali ed europee sopra richiamati, è in manifesto contrasto, anche per l'entità della imposizione e del tempo trascorso, con il principio - anch'esso di derivazione costituzionale - che tutela il legittimo affidamento delle parti contrattuali sulla certezza e stabilità dei rapporti giuridici, ai sensi dell'art. 3 Cost., tenuto conto dei seguenti elementi.

a) Il tempo trascorso tra l'introduzione del *payback* nell'ordinamento giuridico (per effetto del decreto legge n. 78/2015) e la fissazione dei tetti di spesa a livello regionale per gli anni 2015 - 2018, avvenuta soltanto nel 2019, con un ritardo di almeno 4 anni, quando questi sono stati quantificati in misura pari al 4,4% del Fondo Sanitario Nazionale, con l'Accordo tra Stato e regioni siglato nel mese di novembre 2019, che viene impugnato anche con il presente ricorso quale atto presupposto unitamente ad ogni atto ad esso preordinato e conseguente.

b) Nonostante la fissazione dei tetti di spesa regionali, le disposizioni sul ripiano del superamento del tetto di spesa regionale per gli anni 2015-2018 sono rimaste ulteriormente e totalmente prive di applicazione fino a quando il Ministero della Salute ha certificato il superamento del tetto di spesa con il DM 6 luglio 2022, cioè a distanza di circa 7 anni dall'approvazione del meccanismo del *payback*.

c) In base alla disciplina ordinaria del *payback*, il superamento del tetto di spesa per il periodo 2015 - 2018 doveva essere dichiarato dal Ministero della Salute entro il 30 settembre di ogni anno, così da consentire alle aziende di conoscere tempestivamente l'ammontare della quota di ripiano posta a loro carico delle stesse. Invece, la certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici per il periodo suddetto soltanto con il DM 6 luglio 2022 ha inciso irrimediabilmente su posizioni giuridiche già consolidate, quali i contratti di appalto stipulati con le strutture sanitarie e già eseguiti

integralmente, gli utili (o le perdite) certificati dai bilanci approvati dai competenti organi societari e depositati a sensi di legge, nonché le conseguenti dichiarazioni fiscali.

d) Tenuto conto degli anni trascorsi senza che la disciplina del *payback* dei dispositivi medici abbia mai avuto applicazione, non era affatto prevedibile che il legislatore sarebbe intervenuto, in via d'urgenza, per porre a carico delle aziende la quota complessiva di ripiano del disavanzo generato dalle strutture sanitarie regionali per quattro anni, dal 2015 al 2018, in un'unica soluzione, peraltro al solo fine di ripianare il debito per la spesa sanitaria relativo all'anno 2022.

e) Nel solco di una giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che non considera il mero interesse finanziario pubblico ragione di per sé sufficiente a giustificare interventi retroattivi, la Corte Costituzionale ha affermato che una disciplina retroattiva non può tradire l'affidamento del privato, specie se maturato con il consolidamento di situazioni sostanziali, pur se l'intervento retroattivo sia dettato dalla necessità di contenere la spesa pubblica o di far fronte ad esigenze eccezionali (Corte Cost. n. 216/2015 e n. 170/2013).

La disciplina del *payback* e la sua attuazione retroattiva per il periodo 2015 – 2018 sono manifestamente illegittimi per violazione del principio dell'affidamento delle aziende fornitrici di dispositivi medici nella certezza e stabilità dei rapporti giuridici, con la conseguenza che dovranno essere annullati anche i provvedimenti assunti dalla Provincia per determinare il ripiano individuale a carico di ciascuna azienda.

I profili di illegittimità della disciplina del *payback* per contrasto con le norme costituzionali ed europee riguardano anche il recente decreto legge 11 gennaio 2023, n. 4, con cui il Governo ha soltanto prorogato il termine per il pagamento delle somme dovute dalle aziende fino al 30 aprile 2023, confermando però l'intero meccanismo di ripiano del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici, che merita di essere integralmente annullato.

Insufficienza e inadeguatezza delle Linee guida approvate dal Ministero (3° motivo del ricorso principale)

I decreti ministeriali sono illegittimi, perché viziati per violazione di legge ed eccesso di potere, sotto ulteriori profili, che pregiudicano la validità anche del successivo provvedimento di determinazione delle quote di ripiano individuali.

Il primo riguarda la manifesta insufficienza e inadeguatezza delle Linee guida propeedeutiche 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, in

particolare, per la mancanza di indicazioni operative, precise e dettagliate, per l'individuazione delle fatture e dei dispositivi medici che rientrano nell'ambito di applicazione delle disposizioni previste dall'art. 9-ter del decreto legge n. 78/2015, come modificato dalla Legge di bilancio 2019.

La contestata insufficienza e inadeguatezza delle Linee guida si è riflessa inevitabilmente sul successivo procedimento di validazione e certificazione del fatturato delle aziende sanitarie che si è concluso con il provvedimento di attribuzione delle quote di ripiano, che come sopra evidenziato è del tutto carente di istruttoria e di motivazione circa le fatture e i dispositivi medici presi in considerazione dall'amministrazione.

Insufficienza e inadeguatezza delle Linee guida con riferimento alla separazione tra il costo del bene il costo del servizio (4° motivo del ricorso principale)

Ulteriore elemento che dimostra la insufficienza e la inadeguatezza delle Linee guida è la mancanza di qualsiasi indicazione operativa agli enti dei servizi regionali e provinciali per distinguere il costo dei dispositivi medici dal costo dei servizi accessori.

Al riguardo, infatti, come sopra evidenziato, il *payback* sui dispositivi medici deve riguardare solo il costo del bene, mentre deve essere escluso dal computo degli sforamenti il costo del relativo servizio.

Tuttavia, in mancanza di adeguate indicazioni operative sul punto nella legge e nei decreti ministeriali, la Provincia ha commesso il grave errore di considerare tutto il fatturato aziendale, senza scorporare la componente relativa alla fornitura di servizi non riconducibili propriamente ai dispositivi medici.

Insufficienza e inadeguatezza delle Linee guida con riferimento al meccanismo di compensazione dei debiti (5° motivo del ricorso principale)

Con i provvedimenti impugnati, la Provincia ha ribadito che, qualora le aziende individuate non adempiano all'obbligo di ripiano, la stessa darà seguito alle disposizioni di cui al penultimo periodo del comma 9-bis dell'art. 9-ter del decreto legge n. 78/2015 e che la compensazione fino a concorrenza dell'intero ammontare sarà effettuata dalle aziende sanitarie ciascuna per quanto di competenza. Come contestato con il ricorso principale, il meccanismo di compensazione introdotto dall'art. 18 del decreto legge n. 115/2022 è in manifesto contrasto con le norme del codice civile in materia.

Presupposto essenziale perché operi la compensazione è la reciprocità dei debiti/crediti tra due persone, cioè che vi sia identità tra soggetti creditore e debitore a parte inversa nei crediti e debiti reciproci (art. 1241 c.c.). Nel caso di specie, però, questa reciprocità non esiste, in quanto il presunto debito delle aziende per l'inadempimento

dell'obbligo di ripiano sussisterebbe nei confronti delle regioni o province autonome, mentre il credito delle medesime aziende per il pagamento del corrispettivo derivante dalla fornitura di dispositivi medici esiste nei confronti delle singole strutture sanitarie. Inoltre, la compensazione si verifica solo tra debiti che sono ugualmente liquidi ed esigibili (art. 1243 c.c.), caratteristiche che evidentemente non ricorrono rispetto ad un debito (quello derivante dal mancato adempimento dell'obbligo di ripiano) che forma oggetto di contestazione giudiziale. Anche per queste ragioni, dunque, i provvedimenti impugnati dovranno essere annullati.

Illegittima determinazione del fatturato delle aziende al lordo dell'IVA (6° motivo del ricorso principale)

Il provvedimento regionale ha recepito i conteggi elaborati dalle singole aziende sanitarie regionali, le quali hanno determinato il fatturato di ciascuna azienda derivante dalla fornitura di dispositivi medici al lordo dell'IVA, come stabilito dall'art. 9-ter, comma 8, del decreto legge n. 78/2015 e dall'art. 3, comma 2, delle Linee guida.

Tuttavia, la determinazione del fatturato delle aziende «*al lordo dell'IVA*» è manifestamente illegittima, perché l'IVA è una imposta indiretta su tutti gli scambi di beni e servizi, che viene versata all'erario, secondo le regole stabilite dal DPR n. 633/1972 (sia in base al regime ordinario, sia in caso di applicazione del regime speciale dello “*split payment*”). In entrambi i casi, quindi, l'IVA non deve essere considerata per determinare la quota di ripiano del disavanzo sanitario a carico di ogni azienda fornitrice di dispositivi medici, in quanto l'imposta non costituisce un guadagno per il fornitore, bensì una “partita di giro”, che qualora conteggiata comporterebbe una maggiore richiesta di *payback* nella misura del 22% (pari all'aliquota dell'imposta in vigore dal 1° ottobre 2013). Anzi, l'imposizione patrimoniale del *payback* calcolato sulla base del fatturato al lordo dell'IVA comporta una illegittima duplicazione delle entrate per lo Stato, che incassa due volte: una prima, quando l'azienda ha versato l'IVA calcolata al 22% sul corrispettivo delle forniture esposte nelle fatture di vendita; una seconda volta, quando la stessa azienda sarà costretta – nella denegata ipotesi di conferma della disciplina sul *payback* - a pagare la quota di disavanzo della spesa sanitaria a suo carico determinata anch'essa sull'ammontare dell'imposta precedentemente versata.

Di conseguenza, tutti i provvedimenti impugnati sono illegittimi, anche in via derivata, nella parte in cui hanno confermato che il fatturato delle aziende fornitrici di dispositivi medici deve essere calcolato al lordo dell'IVA, anziché al netto dell'imposta.

III. IN VIA INCIDENTALE: ILLEGITTIMITÀ DEL DINIEGO ALL'ACCESSO ALLA DOCUMENTAZIONE

Con il presente atto, la ricorrente impugna, in via incidentale, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., il diniego della Provincia sulla richiesta di accesso ai documenti del procedimento di determinazione degli oneri di riparto del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici. Infatti, l'istanza di accesso presentata dalla Società è rimasta completamente priva di risposta, sicché il diniego formatosi a seguito del silenzio dell'amministrazione è ingiustificato e illegittimo, per le seguenti ragioni.

A. Violazione dell'art. 97 della Costituzione e dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Violazione e falsa applicazione degli artt. 22-23-24 della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per sviamento e errata applicazione dei presupposti di fatto e di diritto – Irragionevolezza e Illogicità – Difetto o insufficienza di istruttoria

In generale, l'accesso ai documenti amministrativi è disciplinato dalla legge n. 241/1990 e s.m.i., in base alla quale «*l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza*» (art. 22, comma 2). L'accesso si esercita con le seguenti modalità:

- il diritto di accesso è esercitabile fino a quando la pubblica amministrazione ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere (art. 22, comma 6);
- tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'art. 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6 (art. 22, comma 3), fermo restando che deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici (art. 24, comma 7);
- il diritto di accesso si esercita nei confronti delle amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi (art. 23, comma 1);
- la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata e deve essere rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente (art. 25, comma 2).

Sulla base delle norme sopra richiamate, la giurisprudenza ha affermato che «*ai fini della sussistenza del presupposto legittimante per l'esercizio del diritto di accesso deve esistere un interesse giuridicamente rilevante del soggetto che richiede l'accesso, non*

necessariamente consistente in un interesse legittimo o in un diritto soggettivo, ma comunque giuridicamente tutelato, e un rapporto di strumentalità tra tale interesse e la documentazione di cui si chiede l'ostensione, nesso di strumentalità che deve, peraltro, essere inteso in senso ampio, posto che la documentazione richiesta deve essere, genericamente, mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante» (TAR Venezia, sez. I, 30/05/2016, n. 571). In particolare, l'interesse all'esibizione degli atti «non coincide con l'interesse processuale, ma ha una più ampia portata e valenza autonoma, da intendersi come interesse ad un bene della vita, distinto rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto» (TAR Milano, sez. III, 12/07/2016, n. 1405).

Di conseguenza, «la legittimazione all'accesso va riconosciuta a chiunque possa dimostrare che gli atti procedurali oggetto dell'accesso hanno cagionato o sono idonei a cagionare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica, stante l'autonomia del diritto di accesso, inteso come interesse ad un bene della vita, distinto rispetto alla situazione legittimante all'impugnativa dell'atto» (Cons. Stato, sez. III, 16/05/2016, n. 1978).

Nel caso di specie, esiste senza dubbio un interesse giuridicamente rilevante della Società ad esaminare tutti gli atti del procedimento che ha portato alla determinazione delle quote di ripiano a carico delle aziende, considerato che la Provincia non ha fornito: i) alcuna indicazione circa la metodologia utilizzata per quantificare la spesa sostenuta negli anni di riferimento per l'acquisto diretto dei dispositivi medici, nonché per il calcolo dell'entità del superamento dei relativi tetti e del conseguente ripiano a carico della scrivente Società; ii) la documentazione, anche contabile, che ai sensi della normativa di settore deve costituire la base dei dati e delle informazioni sulla cui base tali calcoli devono essere effettuati.

Invece, la Società ha l'esigenza di esaminare tutti i documenti e gli atti indicati nell'istanza di accesso, nessuno escluso, e in particolare le fatture computate nei prospetti riepilogativi del fatturato annuo per singolo fornitore e l'elenco dei dispositivi medici dai quali si evincano le tipologie prese in considerazione per determinare il fatturato e l'importo asseritamente dovuto dalla ricorrente, nonché la documentazione dalla quale si evinca la ripartizione degli importi estrapolati da ciascuna delle fatture di cui sopra con indicazione separata del "costo del bene" e del "costo del servizio".

In mancanza della documentazione suddetta – nonché degli ulteriori documenti menzionati nell'istanza di accesso – non è oggettivamente possibile verificare la correttezza dei dati utilizzati dalla Provincia e degli importi che sono stati addebitati alla Società.

Alla luce di quanto precede, il diniego è manifestamente illegittimo per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, violazione e falsa applicazione degli artt. 22, 23 e 24 della legge n. 241/1990, nonché per eccesso di potere sotto i profili dello sviamento e della errata applicazione dei presupposti di fatto e di diritto, irragionevolezza e illogicità, difetto o insufficienza di istruttoria.

B. Violazione dell'art. 97 della Costituzione e dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Violazione e falsa applicazione degli art. 25, commi 2 e 3, della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per Assenza di motivazione - Contraddittorietà

Il diniego della Stazione Appaltante è illegittimo anche per violazione dell'art. 25 della legge n. 241/1990, in base al quale «la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata» (comma 2) e «il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso sono ammessi nei casi e nei limiti stabiliti dall'articolo 24 e debbono essere motivati» (comma 3).

Nel caso di specie, da un lato, la Società ha adeguatamente motivato e giustificato la richiesta di accesso alla documentazione: «*La Società ha interesse a verificare la correttezza dei conteggi effettuati per determinare la spesa sanitaria sui dispositivi medici, il fatturato di ciascuna azienda e la quota di ripiano asseritamente a carico della Società per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, tenuto conto delle fatture e dei dispositivi medici effettivamente rilevanti ai fini del presente procedimento, nonché per tutelare i propri diritti e interessi davanti all'Autorità Giudiziaria*».

Dall'altro lato, la Provincia non ha neppure risposto alla richiesta di accesso, sicché il silenzio-diniego è, per definizione, privo di motivazione e dovrà essere dichiarato illegittimo, per violazione di legge ed eccesso di potere, con la conseguenza che l'amministrazione dovrà essere condannata all'esibizione dei documenti richiesti.

IV. IN VIA ISTRUTTORIA: ACQUISIZIONE DELLA DOCUMENTAZIONE DEL PROCEDIMENTO

Fermo quanto precede, la tutta la documentazione indicata nella richiesta di accesso dovrà comunque essere acquisita in via istruttoria, trattandosi di documenti necessari per la decisione del ricorso.

Infatti, la presentazione di una istanza di accesso per ottenere l'ostensione di determinati atti non pregiudica, né limita la possibilità di chiedere l'esibizione dei medesimi documenti nell'ambito di un giudizio pendente, come affermato anche dalla

giurisprudenza di questo Ecc.mo TAR (Cons. Stato, Sez. VI, 15/11/2018, n. 6444; Cons. Stato, sez. VI, 15/03/2013, n. 1568; TAR Roma, Sez. I, 14/03/2019, n. 3385).

Di conseguenza, la ricorrente chiede al Collegio di acquisire, anche ai sensi dell'art. 210 c.p.c., tutti i documenti indicati nell'istanza di accesso.

Infine, qualora ritenuto necessario, si chiede al Collegio di disporre una verifica o una consulenza tecnica d'ufficio, per la verifica in contraddittorio tra le parti dei dati, dei documenti, delle modalità e dei criteri di calcolo alla base del ripiano del superamento del tetto di spesa per l'acquisto dei dispositivi medici relativo agli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, a carico della società ricorrente.

V. IN VIA CAUTELARE: RISERVA ESPRESSA DI PROPORRE ISTANZA DI SOSPENSIONE

Con decreto legge 11 gennaio 2023, n. 4, il Governo ha rinviato al 30 aprile 2023 la data «per l'assolvimento delle obbligazioni gravanti in capo alle aziende interessate», per cui questo TAR ha ritenuto, nell'ambito di giudizi analoghi, che allo stato non sussisterebbe il pericolo di un pregiudizio grave e irreparabile.

Tuttavia, il suddetto provvedimento ha soltanto prorogato il termine per il pagamento delle somme asseritamente dovute dalle aziende, confermando l'intero meccanismo di ripiano del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici, che merita di essere integralmente annullato, evitando il pagamento di somme che non sono dovute.

L'esponente, quindi, si riserva espressamente di presentare specifica istanza cautelare per chiedere la sospensione degli effetti degli atti impugnati con il ricorso principale e con i successivi motivi aggiunti.

* * *

Per i motivi esposti in fatto ed in diritto, la ricorrente, con la più ampia riserva di ulteriormente dedurre e produrre,

CHIEDE

al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sede di Roma, dopo aver respinto ogni diversa e contraria istanza, eccezione e deduzione ed aver emesso ogni opportuna pronuncia e declaratoria, di voler:

1. *in via incidentale*, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c., previa audizione dei sottoscritti difensori alla Camera di Consiglio, annullare e/o riformare il diniego dell'Amministrazione resistente formatosi a seguito del silenzio sulla richiesta di accesso documentale della ricorrente trasmessa via PEC in data 24/11/2022; per l'effetto, accertare il diritto della ricorrente di ottenere l'accesso e

l'estrazione di copia integrale dei documenti indicati nell'istanza di accesso, con la conseguente condanna dell'Amministrazione resistente alla relativa esibizione e al rilascio di copia;

2. *in via pregiudiziale*, disporre la trasmissione degli atti del presente procedimento alla Corte Costituzionale, ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, per l'esame delle questioni di incostituzionalità sollevate dalla ricorrente relativamente all'art. 9-ter del decreto legge n. 78/2015, come modificato e integrato dall'art. 18 del decreto legge n. 115/2022, in riferimento alle seguenti norme della Costituzione: art. 3, che garantisce l'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge e che tutela il legittimo affidamento nella certezza e stabilità dei rapporti giuridici; art. 42, in base al quale la proprietà privata può essere espropriata solo nei casi previsti dalla legge e salvo indennizzo; art. 53, in base al quale tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva e il sistema tributario è informato a criteri di progressività;
3. *sempre in via pregiudiziale*, rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione di legittimità comunitaria dell'art. 9-ter del decreto legge n. 78/2015, come modificato e integrato dall'art. 18 del decreto legge n. 115/2022, per incompatibilità con l'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU, con l'art. 17 della Carta sui diritti fondamentali dell'Unione Europea e con l'art. 6 del TUE;
4. *nel merito*, annullare e, comunque, dichiarare illegittimi, anche in via derivata, i provvedimenti impugnati ed ogni altro atto ad essi preordinato, conseguente o connesso, per i motivi esposti nel presente ricorso e per tutte le ragioni spiegate nei precedenti ricorsi, da intendersi integralmente trascritte e riproposte con il presente atto, e, in ogni caso, con la migliore statuizione;
5. *in ogni caso*, condannare parte resistente a pagare le spese e i compensi professionali del giudizio, oltre accessori di legge, e a rimborsare alla ricorrente il contributo unificato versato per proporre il presente ricorso.

In via istruttoria, la ricorrente:

A) deposita i documenti richiamati nel presente atto, come da separato elenco allegato al modulo telematico di deposito del ricorso;

B) chiede di acquisire agli atti del presente giudizio, anche ai sensi dell'art. 210 c.p.c., la documentazione relativa al procedimento di determinazione delle quote di ripiano del superamento del tetto di spesa per l'acquisto di dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018;

C) chiede di disporre una verifica o una consulenza tecnica d'ufficio, per la verifica in contraddittorio tra le parti dei dati, dei documenti, delle modalità e dei criteri di calcolo alla base del ripiano del superamento del tetto di spesa per l'acquisto dei dispositivi medici relativo agli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, a carico della società ricorrente.

Ai sensi e per gli effetti del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, si dichiara che l'importo del contributo unificato è dovuto in misura pari a Euro 650,00.

Con ogni riserva di merito e di istruttoria.

Milano – Roma, 23 gennaio 2023

Avv. Claudio Bonora

Avv. Luigi Giuri

Avv. Marco Massimino

Avv. Emanuela Paoletti