TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

SEDE DI ROMA

RICORSO

Promosso dalla società:

LP BIOTECHNOLOGY S.R.L., con sede legale in Rimini (RN) Via Montefeltro 66, C.F.: 03692820248, in persona del legale rappresentante p.t. Dott. Leonardo Pretto, assistita, rappresentata e difesa congiuntamente e disgiuntamente dal Prof. Avv. Antonio Carullo (C.F. CRLNTN48L06A944G) e dall'Avv. Marcella Giuliante (C.F. GLNMCL84M53E435A) come da mandato in calce al presente atto ed elettivamente domiciliata presso e nel loro Studio sito in 40125 Bologna, Strada Maggiore 47 (numero di fax al quale inviare comunicazioni da parte della segreteria: 051.304967; PEC acarullo@ordineavvocatibopec.it; marcella.giuliante@ordineavvocatibopec.it)

CONTRO

REGIONE EMILIA ROMAGNA, in persona del Presidente in carica legale rappresentate p.t.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, in persona del Presidente in carica legale rappresentate p.t.

MINISTERO DELLA SALUTE, in persona del Ministro in carica legale rappresentate p.t.

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del Ministro in carica legale rappresentate p.t.

CONFERENZA PERMANENTE PER I RAPPORTI TRA LO STATO E LE REGIONI E LE PROVINCE AUTONOME DI TRENO E BOLZANO, in persona del legale rappresentante p.t.

e, per quanto occorrer possa,

X MED INNOVAZIONI MEDICALI S.R.L. (C.F. e P.IVA 01831300999), in persona del legale rappresentante *pro tempore* Enrico Chiesa

per l'annullamento

-della Determina Dirigenziale – Direzione Generale Cura della Persona, salute e welfare della Regione Emilia n. 24300 del 12.12.2022 comunicata a mezzo PEC alla ricorrente in data 13.12.2022 nella quale si è provveduto ad individuare la ricorrente nell'elenco delle aziende fornitrici di dispositivi medici e le relative quote di ripiano dovute per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 ai sensi del comma 9 *bis* dell'art. 9 *ter* del DL n. 78/2015 conv. L. 125/2015 (doc. 1) nonché della nota prot. n. 1226260 del 13.12.2022 di trasmissione (doc. 2)

nonché per quanto occorrer possa, in parte *qua*

per l'annullamento

- del D.M. della Salute del 6 luglio 2022, in G.U. del 15 settembre 2022, serie generale n. 216, avente ad oggetto la certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 (doc. 3 – DM 6 luglio 2022);

- del D.M. della Salute del 6 ottobre 2022, in G.U. del 26 ottobre 2022, serie generale n. 251, recante la "*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 e 2018" (doc. 4 – DM 6 ottobre 2022, linee guida);

- delle Circolari MEF – MDS, prot. n. 1341 del 19 febbraio 2016, prot. n. 3251 del 21 aprile 2016, prot. n. 21179 dell'8 febbraio 2019, prot. n. 22413 del 29 luglio 2019 prot. n. 7435 del 17 marzo 2020;

- degli Accordi Stato-Regioni del 7 novembre 2019, Atto. Rep. N. 181-182 criteri di definizione del tetto di spesa regionale per l'acquisto dei dispositivi medici e modalità di ripiano per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018 – 2019 nonché sugli schemi dei DM attuativi (doc. 5);

- dell'Intesa della Conferenza delle Regioni e le Province autonome n. prot. 6546/C7SAN del 27 settembre 2022 – tetti dispositivi medici 2015-2018 e Rep. atti n. 213/CSR del 28 settembre 2022

- del DM della Salute del 15 giugno 2012 e 24 maggio 2019 (doc. 6);

- di tutti gli altri atti preparatori, presupposti, conseguenti e comunque connessi ed in particolare l'atto materialmente impositivo della Regione Emilia Romagna avente ad oggetto la richiesta di pagamento della quota di ripiano indicata nel citato elenco.

FATTO

1) La società odierna ricorrente opera a livello nazionale e si occupa di fornire prodotti di qualità e servizi integrati di supporto (formazione ed assistenza in sala operatoria, strumenti

di marketing e comunicazione) agli enti ospedalieri Pubblici e Privati nonchè dispositivi medici per i reparti di Neurochirurgia, Neurologia, Medicina del Dolore (mininvasiva), Neuroradiologia, Radiologia Interventistica, Ginecologia ed Ostetricia.

2) Nella Regione Emilia Romagna l'Azienda la ricorrente ha regolarmente fornito dispositivi medici negli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 **avendo sempre vinto gare ad evidenza pubblica regolarmente indette dalle Aziende Sanitarie che necessitavano dei dispositivi medici prodotti dall'Azienda**. Mai, in questo contesto, nella *lex specialis* (cfr. singole evidenze pubbliche emanate dalle Aziende) era previsto che il prezzo offerto, risultato il migliore in sede concorrenziale potesse essere poi soggetto ad una "diminuzione" per effetto di eventi non dipendenti dalla procedura ma dal complesso della finanza pubblica Stato-Regioni.

3) Al contrario ora con il provvedimento gravato le Regioni hanno richiesto una diminuzione "postuma" del prezzo di gara in ragione di un preteso sforamento del tetto di spesa non delle SA committenti bensì **addirittura della Regione di appartenenza della SA stessa.**

Detto sistema introdotto dal decreto legge "*Aiuti bis*" (d.l. 9 agosto 2022, n. 115 così come convertito cfr. *infra*) costringe, quindi oggi, i fornitori di dispositivi medici (dalle garze alle siringhe, fino a strumentazioni molto complesse come stent, pacemaker, TAC, risonanze, pet, ecc) come la ricorrente, **a**

restituire parte dei compensi ricevuti a seguito di regolare gara d'appalto vinta.

E ciò non a causa di eventuali carenze della fornitura stessa, ma esclusivamente perché si assume che la Regione di appartenenza della SA abbia ecceduto i tetti di spesa **successivamente** imposti alla Regione stessa attraverso i DM sopra indicati e puntualmente impugnati.

Ed infatti è solo dopo l'emanazione di tali atti a portata generale che è stato:

- riconosciuto che la RER ha superato il tetto di spesa per l'acquisto di dispositivi medici;
- imposto alla RER stessa di individuare le aziende fornitrice chiamate a concorrere alla quota di ripiano in misura pari all'incidenza percentuale del proprio fatturato.

Al momento in cui l'odierna ricorrente ebbe a partecipare alle gare ad evidenza pubblica a seguito delle quali si è aggiudicata i servizi di fornitura del dispositivo medico prodotto all'Asl richiedente, non erano previste in nessun documento di gara "possibili" diminuzioni del prezzo offerto dalla ricorrente e dalla stessa aggiudicatosi a seguito di comparazione tra le offerte. Alla singola aggiudicazione infatti è seguita la sottoscrizione di singoli contratti (che, si ripete non prevedono alcuna modifica del prezzo), l'esecuzione degli stessi con fornitura regolarmente accettata dall'Amministrazione. **I contratti sono ed erano definiti**.

4) Al contrario a causa di un "perverso" sistema normativo oggi la

ricorrente ha scoperto che il contratto stipulato con l'Amministrazione può essere modificato, *iure imperio* da una disposizione normativa (a cui sono seguiti una serie di DM e di intese Stato-Regioni) che ha attuato **retroattivamente** una diminuzione del prezzo dei singoli contratti stipulati a causa di un non precisato preteso sforamento del tetto di spesa **non dell'Azienda committente, ma addirittura della Regione di appartenenza.**

5) Il D.M. Salute del 6.10.2022 (qui impugnato come atto presupposto) ha, infatti, previsto l'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: ripiano per un superamento del tetto che la Regione (nel suo complesso, e quindi con tutto il sistema sanitario ad essa afferente) aveva fatto e che, quindi, ora è chiamata a restituire.

6) Sulla base di detto Decreto la Regione Emilia Romagna, con la determina oggi gravata, ha individuato l'elenco delle aziende fornitrici di dispositivi medici e **le relative quote di ripiano (così individuate come percentuale dello sforamento del tetto di spesa)** dovute per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, calcolando per la ricorrente la quota di ripiano di Euro 87.799,46.

I provvedimenti sono illegittimi e devono essere riformati per i seguenti motivi di

DIRITTO

Premessa di inquadramento normativo a cui si farà riferimento nel ricorso.

Prima di evidenziare i profili di illegittimità dei provvedimenti gravati è necessario inquadrare, seppur brevemente, il quadro normativo a fondamento della restituzione, cosiddetta "*payback*", ma in realtà denominata normativamente quale *quota di ripiano* per lo sforamento del tetto di spesa per la sanità dispositivi compiuto dalla Regione negli anni trascorsi.

1) Il d.l. 6.7.2011, n. 98, art. 17, comma 1, lett. c), allo scopo di controllare e razionalizzare la spesa sostenuta direttamente dal SSN, aveva introdotto, a decorrere dal 1° gennaio 2013, un tetto di spesa annuo, sia a livello nazionale, che regionale, per l'acquisto dei dispositivi medici. Stando a tale previsione, l'eventuale superamento del tetto di spesa sarebbe stato interamente a carico delle Regioni. Nessuna comunicazione di siffatti provvedimenti è stata fatta nei confronti del ricorrente e tantomeno si è dato atto, nel contratto successivo alla gara di evidenza pubblica, di questa eventualità (ora chiamata "payback" e cioè restituzione di una parte del compenso dovuto a seguito del contratto ma in realtà è una quota parte del superamento del tetto di spesa sanitaria per dispositivi della Regione).

2) Il successivo d.l. n. 95/2012 convertito dalla L. 135/2012 introduce misure di razionalizzazione e riduzione della spesa sanitaria nei seguenti termini:

13. Al fine di razionalizzare le risorse in ambito sanitario e di conseguire una riduzione della spesa per acquisto di beni e servizi:… gli importi e le connesse prestazioni relative a contratti in essere di appalto di servizi e di fornitura di beni

e servizi, …, sono ridotti del 5 per cento a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e del 10 per cento a decorrere dal 1º gennaio 2013 e per tutta la durata dei contratti medesimi; tale riduzione per la fornitura di dispositivi medici opera fino al 31 dicembre 2012. Al fine di salvaguardare i livelli essenziali di assistenza con specifico riferimento alle esigenze di inclusione sociale, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono comunque conseguire l'obiettivo economico-finanziario di cui alla presente lettera adottando misure alternative, purché assicurino l'equilibrio del bilancio sanitario;

«Qualora sulla base dell'attività di rilevazione di cui al presente comma, nonché sulla base delle analisi effettuate dalle Centrali regionali per gli acquisti anche grazie a strumenti di rilevazione dei prezzi unitari corrisposti dalle Aziende Sanitarie per gli acquisti di beni e servizi, emergano differenze significative dei prezzi unitari, le Aziende Sanitarie ***sono tenute a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti che abbia l'effetto di ricondurre i prezzi unitari di fornitura ai prezzi di riferimento come sopra individuati, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto. In caso di mancato accordo, entro il termine di 30 giorni dalla trasmissione della proposta, in ordine ai prezzi come sopra proposti, le Aziende sanitarie hanno il diritto di recedere dal contratto senza alcun onere a carico delle stesse, e ciò in deroga all'articolo 1671 del codice civile****.*

Come si vede questa normativa imponeva le misure di razionalizzazione in capo alle singole Aziende Sanitarie con l'obbligo di instaurazione di un procedimento volto a una rinegoziazione del contratto già in essere con i fornitori: **fase questa totalmente omessa nel caso di specie giacchè si è modificato radicalmente l'inquadramento giuridico della fattispecie con l'ultimo DL** così come convertito**.**

3) Il successivo d.l. n. 78 del 2015, art. 9-*ter*, nel richiamare il tetto di spesa nazionale fissato al 4,4% del Fondo sanitario nazionale, prevedeva che l'eventuale sforamento di spesa **dovesse essere in**

parte assunto dalle Aziende che avevano commercializzato i dispositivi medici in Italia. Tale disposizione, inoltre, statuiva che il superamento del tetto di spesa fosse certificato con D.M. 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. In particolare l'art. 9 *ter* così disponeva: *8. Con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro il 30 settembre di ogni anno, è certificato in via provvisoria l'eventuale superamento del tetto di spesa a livello nazionale e regionale di cui al comma 1, lettera b), per l'acquisto di dispositivi medici, sulla base dei dati di consuntivo relativi all'anno precedente, rilevati dalle specifiche voci di costo riportate nei modelli di rilevazione economica consolidati regionali CE, di cui al decreto del Ministro della salute 15 giugno 2012, pubblicato nel supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 159 del 10 luglio 2012, salvo conguaglio da certificare con il decreto da adottare entro il 30 settembre dell'anno successivo, sulla base dei dati di consuntivo dell'anno di riferimento.*

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

Come si vede è modificata radicalmente l'impostazione originaria con una modifica *iuri imperi* del prezzo di cui al contratto per la pubblica fornitura stipulato con l'Azienda**. Nessun accenno nella legge all'eventuale eccessiva onerosità a cui siffatta disposizione**

esponeva ed espone le ditte fornitrici (sul punto cfr. *infra*)**.**

4) È quindi intervenuta la L. n. 145 del 2018 ("Legge di Bilancio 2019"), il cui articolo 1, comma 557, sostituiva interamente il comma 8 dell'art. 9-*ter*, d.l. n. 78/2015. Tramite detta modifica, in particolare, veniva previsto l'obbligo per le imprese di indicare nella fatturazione elettronica, in modo separato, il costo del bene e il costo del servizio, laddove la fornitura di un bene comportasse anche un servizio accessorio: in ogni caso l'imposizione sopra disposta rimaneva ferma nella misura indicata (mentre per il servizio non vi era alcuna imposizione).

5) A seguire, con la circolare del Ministero della Salute, prot. 22413 del 29.07.2019, il MEF chiese agli Assessorati regionali alla Sanità un prospetto riepilogativo del fatturato annuo per singolo fornitore di dispositivi medici, registrato nei modelli CE, relativo al periodo dal 2015 al 2018 e nel novembre 2019 sono stati conclusi due accordi in sede di Conferenza permanente Stato-Regioni, con i quali sono stati definiti – **retroattivamente** – i tetti regionali per gli anni 2015-2018, nonché i tetti regionali per il 2019, rinviando nuovamente il completamento della procedura a successivi provvedimenti attuativi. Nessuna comunicazione di siffatti provvedimenti è stata fatta nei confronti del ricorrente e tantomeno si è dato atto, nel contratto successivo alla gara di evidenza pubblica, di questa eventualità: il tutto è rimasto ancora una volta nel rapporto Stato-Regione.

6) È quindi intervenuto il **DM 6 luglio 2022** Salute che ha certificato il superamento del tetto di spesa per i dispositivi medici (tra cui anche quelli forniti dalla ricorrente alle singole Aziende) a livello nazionale

e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, calcolato con riferimento ai dati di costo (registrati a consuntivo) per ciascuno dei suddetti anni.

7) A completare il procedimento, è entrato in vigore l'art. 18, comma 1, del d.l. n. 115 del 9 agosto 2022 (c.d. Decreto Aiuti *Bis*) che inserisce il comma 9-*bis* all'art. 9-*ter*, del d.l. n. 78 del 2015.

Con una disposizione di natura eccezionale, le Regioni vengono invitate a definire, con provvedimento da adottare entro 90 giorni dalla data di pubblicazione del DM che ha dichiarato il superamento del tetto di spesa (d.l. 6.7.2022, pubblicato il 15.9.2022), l'elenco delle aziende fornitrici soggette al ripiano per ciascun anno. Nessuna indicazione dell'obbligo procedimentale per le Aziende/Regioni di ridefinire i contratti con i fornitori e modifica sostanziale del procedimento perché l'imposizione ora viene dal terzo (Regione) e non dalle Aziende contraenti, snaturando così tutto il precedente sistema che vedeva tutelato l'operatore economico quantomeno nella fase di rinegoziazione.

****

1) Circa l'atto di inserimento nell'elenco e dell'eventuale atto di recupero delle somme pretese.

I MOTIVO: ILLEGITTIMITA' PER VIOLAZIONE DI LEGGE PER VIOLAZIONE DELL'ARTT. 1 - 7 L. N. 242/90 – ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA, ILLOGICITA' E INGIUSTIZIA MANIFESTA.

Nella presente fattispecie è stata ripetutamente violata la citata legge in quanto:

(*i*) è mancato il rispetto dell'art. 1, co. 2-*bis*. "*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede*: è noto come: "*Nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi*. …

La violazione imputabile all'Amministrazione, dei canoni generali di correttezza e buona fede, *postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa* (Consiglio di Stato ad. plen., 29/11/2021, n. 21); e ancora: "*Nei rapporti di diritto amministrativo, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio del potere pubblico e sull'operato dell'amministrazione conforme* **ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati,** *ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi.*"

Orbene nel caso di specie i principi civilistici sono stati palesemente violati proprio perché la società ricorrente aveva partecipato ad una gara ad evidenza pubblica (e su una programmazione pubblica: cfr.

infra), aveva formulato un'offerta nell'ambito della concorrenza con gli altri operatori economici interessati, è risultata la migliore del mercato e, quindi, aveva sottoscritto ed eseguito un contratto di fornitura di beni e servizi.

Ora l'addebito richiesto modifica radicalmente l'assetto contrattuale violando i principi del codice civile e caratterizzando, per l'effetto, la fattispecie **da una eccessiva onerosità che rende nullo/annullabile il contratto.**

Le Aziende Sanitarie hanno goduto di questi beni e servizi, hanno accettato e pagato il prezzo pattuito ed ora un terzo, **e cioè la Regione**, **pretende di ripetere le somme corrisposte dall'Azienda per ragioni che non derivano dal contratto, ma che derivano da una loro illegittimità (sforamento del tetto di spesa regionale) che nulla aveva a che fare con il singolo contratto di cui ora si discute e che per tale ragione non poteva, evidentemente essere supposta all'appaltatore al momento del contratto.**

Né tantomeno l'Azienda aveva accennato che questa ipotesi avrebbe inciso, quale condizione, per una piena e completa esecuzione del contratto sotto il profilo del trasferimento economico delle somme dovute (e ora ripetute). Controparte non ha spiegato alla società ricorrente perché i contratti firmati non possano essere mantenuti fermi, ma il prezzo deve essere ridimensionato non in ragione della gara svolta, ma per effetto di un sistema di finanza pubblica che vede totalmente estraneo il ricorrente ed anche l'Azienda contraente la quale ha una sua personalità giuridica a prescindere dalla Regione.

(*ii*) è mancato il rispetto dell'art. *Art. 7. (Comunicazione di avvio del*

procedimento) 1. Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenirvi. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento.

Ragioni di impedimento al rispetto del citato articolo derivanti dall'inciso: *Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento*, non possono essere addotte dall'Amministrazione in quanto il "procedimento" legislativo/ amministrativo è iniziato addirittura nell'anno 2012 (L. 135/2012), cioè oltre 10 anni fa e mai si è data comunicazione al ricorrente di questa esigenza. Parimenti non vi sono ragioni per l'omissione della comunicazione preventiva che avrebbe potuto/dovuto instaurare il dovuto contraddittorio.

La ricorrente non ha mai ricevuto, prima degli atti oggi impugnati, alcuna comunicazione di avvio del procedimento che rendesse edotto la stessa del fatto che un terzo, la Regione, avendo superato il tetto di spesa impostole normativamente, aveva instaurato il procedimento di cui alla citata D.L. n. 95/2012 s.m.i. (ora L. 142/2022) e che, di conseguenza, si sarebbe provveduto, da parte della medesima Regione, a predisporre l'elenco delle aziende interessate ad una quota di ripiano e quindi ad aver modificato i contratti stipulati con le Aziende Sanitarie, né tantomeno che in detto

elenco comparisse anche la ricorrente.

Non sono nemmeno stati esplicitati i criteri secondo i quali sono stati predisposti gli elenchi nei quali la ricorrente compare e quali sarebbero state le modalità di predisposizione di detti elenchi: la ricorrente conosce solamente il fatto che ha contratto con la pubblica amministrazione nel lasso temporale sopraindicato, ma non ha avuto alcuna motivazione del perché un soggetto terzo (la Regione) vada ad incidere su un contratto stipulato con l'Azienda Sanitaria e tantomeno sia debitrice di una quota di ripiano causata da un contratto stipulato a seguito di un bando ad evidenza pubblica (cfr. *infra*).

Tra l'altro, senza tener conto che questo contratto era stato sottoscritto nel regime concorrenziale di cui al Codice dei Contratti e, quindi, l'offerta non solo era la migliore del mercato ma aveva già subito il confronto con questo e, quindi, non poteva subire ulteriori abbassamenti (nell'ottica della ricorrente). L'Azienda non ebbe mai a partecipare, al momento della gara, alcuna ipotesi di ulteriore riduzione né tantomeno lo ebbe a fare al momento della stipula del contratto. Ora l'eccessiva onerosità che caratterizza il contratto pare evidente per la semplice ragione che il prezzo allora pattuito era quello che risultava da una gara pubblica.

In questi termini la sentenza N. 12750/2021 di codesto Ecc.mo TAR Sez. III *quater* laddove riconosce la necessità della preventiva partecipazione all'impresa con l'applicazione della L. 241/1990 (riconoscendo, però, che nella fattispecie quest'onere era stato soddisfatto dall'Amministrazione).

II MOTIVO: ILLEGITTIMITA'PER VIOLAZIONE DI LEGGE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 30, 95 e 97 DEL D. LGS. N. 50/2016. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE dell'art. 9-ter D.L. 78/2015 per contrasto con la Direttiva 2014/24/UE, con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della CEDU e con il TUE e TFUE. Violazione degli artt. 3, 9, 41, 53, 97 e 117 della Costituzione. VIOLAZIONE DELLA L. 241/1990 PER DIFETTO ISTRUTTORIA E CARENZA DI MOTIVAZIONE. ECCESSO DI POTERE PER MANIFESTA ILLOGICITA', INGIUSTIZIA MANIFESTA.

A) La situazione di fatto, così come rappresentata, evidenzia una violazione dei principi di libera concorrenza negli affidamenti dei contratti pubblici normati dalla UE e di aggiudicazione ed esecuzione di appalti così come previsti dalla normativa nazionale di cui al D. Lgs. n. 50/2016, 30, 95 e 97 del D.lgs. n. 50/2016 ("*Codice dei contratti pubblici*"), sotto i profili sopra individuati. La ricorrente non **è mai stata informata, in sede di gara ovvero nel momento in cui ha stipulato con le Aziende Sanitarie i relativi contratti di fornitura, circa l'esistenza di possibili modifiche peggiorative del prezzo di aggiudicazione né tantomeno ha firmato un contratto condizionato.**

Al momento della presentazione della propria offerta non esisteva – né si sarebbe mai potuto supporre – una modifica imperativa al prezzo offerto ed accettato con un onere economico così rilevante come quello di cui è causa che avrebbe certamente imposto una

modifica del prezzo offerto (sempre con il rispetto del *par condicio*).

Anzi l'offerente sapeva quale era la programmazione statale e regionale circa i tetti della spesa dell'Ausl per i dispositivi medici e quindi aveva il concreto e sicuro affidamento della capienza dei budget aziendali in relazione alla gara di appalto vinta.

La gara pubblica è la sede nella quale gli operatori economici che prendono parte alla gara sono messi in condizione di poter effettuare una valutazione consapevole, ponderata e plausibile in merito agli scenari tecnico-organizzativi che si presenteranno in caso di aggiudicazione dell'appalto (cfr. art. 30 del d. gls. N. 50/2016 nella parte in cui dispone: *"L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice* ***garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza.*** *Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico*).

In questa ottica la libertà di impresa e la concorrenza effettiva si estrinsecano solo allorquando i concorrenti possano calibrare le rispettive offerte in **modo tale da poter prevedere gli eventuali**

scenari che si presenteranno in corso di esecuzione (e a maggior ragione a esecuzione conclusa).

È di tutta evidenza come gli impugnati provvedimenti (delineati dai decreti ministeriali impugnati e dall'intesa Stato-Regioni, anch'essi affetti dal medesimo vizio**) si pongano in totale contrasto con detti principi.**

B) L'atto gravato è in contrasto con il principio consolidato della **generale irretroattività degli atti amministrativi** (anche in ragione dell'art. 11 delle preleggi) (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2011, n. 3920).

Ad ogni modo, proprio con riferimento ai "tetti di spesa" è stato chiarito che "*la fissazione di tetti retroagenti impone l'osservanza di un percorso istruttorio, ispirato al principio della partecipazione, che assicuri l'equilibrato contemperamento degli interessi in rilievo, nonché esige una motivazione tanto più approfondita quanto maggiore è il distacco dalla prevista percentuale di tagli,* tenendo altresì in dovuta considerazione "*l'interesse dell'operatore sanitario* ***a non patire oltre misura la lesione della propria sfera economica*** *anche con riguardo alle prestazioni già erogate*" (Cons. Stato, A.P., nn. 3 e 4/2012).

Nel caso di specie è mancata totalmente l'istruttoria e l'instaurazione del contraddittorio con il destinatario dell'atto tanto è vero che la società ricorrente si è trovata inserita in un elenco senza alcuna preventiva conoscenza delle ragioni e degli atti sulla base dei quali risultava che fosse stato il suo contratto la causa del superamento del tetto di spesa da parte dell'Asl.

Inoltre **la retroattività** di un intervento normativo (cfr. *infra*) come quello di cui si discute che pone a carico di un'impresa un onere economico rilevante e non preventivabile al momento della presentazione dell'offerta, viola ogni principio di certezza del diritto, di libertà imprenditoriale e di concorrenza.

Basti considerare le gravi conseguenze che deriverebbero dal necessario (e illegittimo) riconoscimento a un'Amministrazione (diversa dal contraente) delle somme oggetto della restituzione (di importo assai rilevante), che potrebbe, con ogni probabilità, condurre alla non sostenibilità economica dell'offerta a suo tempo formulata e, avendo completato il contratto, ci si troverebbe di fronte ad una sopravvenienza passiva ingiustificata e tale da inficiare il quadro economico dell'impresa.

Di conseguenza a prescindere dalla illegittimità della L. 135/2012 (di cui si dirà *infra*) le modalità con cui il provvedimento ora gravato ha delineato i contorni della pretesa restituzione da parte del ricorrente alla Regione sono in contrasto con le citate norme e soprattutto con il contratto firmato. Inoltre detto atto non specifica quali siano i contratti gravati dalla restituzione, le modalità di calcolo con cui si è individuata la somma da restituire e le cause della restituzione di una parte del compenso maturato a seguito della prestazione effettuata.

Da ciò l'illegittimità dedotta.

III MOTIVO VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE dell'art. 9-ter D.L. 78/2015 per contrasto con la Direttiva 2014/24/UE, con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della CEDU e con il TUE e TFUE. VIOLAZIONE DEL D.LGS

50/2016.

E' necessario evidenziare come già la Direttiva 2014/24/UE (recepita con il Codice Contratti) si era occupata di disciplinare la fattispecie della "*modifica di contratti durante il periodo di validità*" (art. 72), fissandone le relative, stringenti e rigorose condizioni che sono del tutto incompatibili con la disciplina nazionale qui contestata.

Più precisamente l'art. 72 della citata Direttiva prevede: "*1. I contratti e gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto a norma della presente direttiva nei casi seguenti:* ***a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni.*** *Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche od opzioni, nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate. Esse non apportano modifiche o opzioni che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; b)* ***per lavori, servizi o forniture supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente****….*".

Dove si vede come **sia preclusa all'Amministrazione la possibilità di rinegoziare il contenuto delle offerte, sia prima sia dopo l'aggiudicazione.** Tanto più nel momento in cui sia intervenuta l'aggiudicazione e l'esecuzione della fornitura con piena soddisfazione del committente.

Ebbene l'introduzione del meccanismo di restituzione di cui è causa non rientra tra i casi evidenziati e non si capisce come il terzo (la Regione), con il provvedimento oggi gravato, **pretenda la restituzione di una parte del corrispettivo dell'appalto dell'Asl operando, per l'effetto, una modifica al contratto eseguito e non contestato (con la fornitura già goduta dal committente).**

Invero il contenuto delle disposizioni della citata direttiva – oltre che di tutto il D. lgs. 50/2016 - è proprio quella di garantire che, nell'ambito del confronto in contraddittorio tra l'Amministrazione e il concorrente aggiudicatario, **venga effettivamente verificata la serietà della proposta contrattuale e cioè la sua effettiva sostenibilità e realizzabilità, nonché la sua piena affidabilità.**

Si nota per inciso come mentre l'originaria imposizione normativa consentiva una rinegoziazione con la SA e quindi una valutazione discrezionale dell'operatore economico circa il contratto sottoscritto e la rimodulazione del prezzo, il sistema odierno è basato su una imposizione automatica solo per aver sottoscritto un contratto con una SA pubblica.

Da ciò l'ulteriore illegittimità dedotta.

2) Nei confronti anche dei DM attuativi del sistema della restituzione da cui ha tratto origine l'impugnato provvedimento regionale.

IV MOTIVO: ILLEGITTIMITA' PER VIOLAZIONE DI LEGGE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 9 TER DEL D.L. 78/2015. VIOLAZIONE DEL DIVIETO DEL PRINCIPIO DI RETROATTIVITÀ DELLE

LEGGI. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 32, 41, E 97 COST. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCÌPI DI COLLABORAZIONE E BUONA FEDE DI CUI ALLA LEGGE 241/1990 sotto diverso profilo.

Come precisato in premessa il principio della pretesa restituzione di somme legittimamente percepite da un operatore economico (quale la ricorrente) fu introdotto normativamente nel 2015 (con l'art. 9 *ter* del DL 78/15, commi 1, 8 e 9, avrebbe dovuto operare, **annualmente**, a partire dal 2016. In particolare detto articolo prevedeva che: *"le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano del 5 agosto 2014, al fine di garantire la realizzazione di ulteriori interventi di razionalizzazione della spesa: a) per l'acquisto dei beni e servizi di cui alla tabella A allegata al presente decreto,* ***gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti a proporre ai fornitori una rinegoziazione dei contratti in essere*** *che abbia l'effetto di ridurre i prezzi unitari di fornitura e/o i volumi di acquisto, rispetto a quelli contenuti nei contratti in essere, e senza che ciò comporti modifica della durata del contratto, al fine di conseguire una riduzione su base annua del 5 per cento del valore complessivo dei contratti in essere"*.

L'Asl contraente non ha mai proposto al ricorrente **alcuna rinegoziazione** dei contratti per effetto dei quali oggi il ricorrente si trova inserito nell'impugnato elenco individuante i soggetti che devono restituire somme alla Regione.

Con ciò la società ricorrente aveva l'affidamento della correttezza della sua posizione e della intangibilità del negozio giuridico che aveva sottoscritto ed eseguito perché aveva la possibilità di "discutere" con il committente circa il prezzo corrisposto.

Ciò non è avvenuto dal momento che l'Asl non ha mai rinegoziato: di conseguenza il contenuto dispositivo del citato articolo non può

essere ora utilizzato per legittimare la pretesa di cui al provvedimento ora gravato. L'inattuazione di questo principio non è stata causata dal ricorrente e, quindi, il 9 *ter* citato non può essere utilizzato per legittimare l'inserimento nell'elenco degli operatori economici che sarebbero individuati dalla Regione quali soggetti tenuti alla restituzione.

E, a parte le lesioni dei principi comunitari sopra individuati e delle norme costituzionali di cui *infra*, questo sistema aveva una sua logicità e tutela del fornitore giacché introduceva un meccanismo di rinegoziazione che lo vedeva parte attiva per una scelta discrezionale di rimodulazione del contratto: scelta che, se dava esito positivo, trovava l'incontro delle due volontà (committente e appaltatore) e dunque era perfettamente consono ai principi civilistici che regolano i contratti pubblici.

Per gli anni successivi e fino al DM del 7.7.2022 nulla è stato fatto dallo Stato, tantomeno dalle Asl committenti e dalle Regioni (che, peraltro, fino a quel momento non erano interessate al meccanismo di restituzione) non rispettando espressamente il contenuto di cui al citato art. 9 ter, co. 1 lett. b) *"al fine di garantire, in ciascuna regione, il rispetto del tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici fissato, coerentemente con la composizione pubblico-privata dell'offerta, con accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano,* ***da adottare entro il 15 settembre 2015 e da aggiornare con cadenza biennale****, fermo restando il tetto di spesa nazionale fissato al 4,4 per cento, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti a proporre ai fornitori di dispositivi medici una rinegoziazione dei contratti in essere che abbia l'effetto di ridurre i prezzi unitari di fornitura e/o i volumi di acquisto, rispetto a quelli contenuti nei contratti in essere, senza che ciò comporti modifica*

della durata del contratto stesso.”.

Non solo non è stato rispettato il limite del 15 settembre 2015, ma non è stato nemmeno rispettato l’ulteriore limite biennale di aggiornamento richiesto alle Regioni per l’individuazione del tetto di spesa nell’ambito di quello nazionale fissato al 4,4 per cento, ma non è stato ulteriormente rispettato l’onere per *gli enti del Servizio sanitario nazionale* (i quali erano) *tenuti a proporre ai fornitori di dispositivi medici una rinegoziazione dei contratti in essere*. Il ricorrente non essendo stato interpellato per la rinegoziazione nemmeno negli anni successivi aveva la certezza che i suoi contratti fossero definitivi e intangibili.

Sorprendentemente, con l’art. 18 della L. 21 settembre 2022, n. 142 di conversione in legge del DL 115/2022, si è “*ripreso*” il meccanismo di pretesa restituzione di somme:

- abolendo il sistema già individuato secondo il quale erano le Asl a provvedere alla rinegoziazione dei contratti;
- disponendo che, sulla base dei tetti di spesa già individuati successivamente con i DM impugnati con il presente ricorso, *“le regioni e le province autonome definiscono con proprio provvedimento, da adottare entro novanta giorni dalla data di pubblicazione del predetto decreto ministeriale, 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”* .

Viene di conseguenza introdotto un sistema radicalmente nuovo modificativo del precedente laddove:

- sono competenti le Regioni a definire *l'elenco delle aziende fornitrici soggette al ripiano per ciascun anno*;

- vengono indicati gli anni di riferimento in relazione al superamento del tetto di spesa, mai originariamente fissato ma solo stabilito con i DM oggetto di impugnativa del presente ricorso (in particolare DM 2019) e la verifica "annuale" del relativo sforamento (quest'ultima intervenuta addirittura solo con il DM 6/7/2022 e quindi non certo annuale ma retroattivamente per gli anni nuovamente introdotti): *"In deroga alle disposizioni di cui all'ultimo periodo del comma 9 e limitatamente al ripiano dell'eventuale superamento del tetto di spesa regionale per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018"* e, quindi, viene sostanzialmente modificato l'originario assetto che vedeva nelle Asl i soggetti che dovevano provvedere alla rinegoziazione dei contratti;

- vengono abolite le garanzie procedimentali per la rinegoziazione;

- viene istituito un elenco (oggetto di impugnativa del presente ricorso) ove l'inserito è debitore senza alcun riferimento al contratto stipulato, alla gara svolta, ecc..

Di conseguenza si eccepisce l'illegittimità dei DM impugnati laddove non hanno provveduto in conformità alla Legge che li aveva previsti cioè la L. n. 125/2015, e cioè con cadenza biennale a partire dal 2015, mentre hanno provveduto **retroattivamente e con ciò violando il preciso disposto normativo che disciplinava la cadenza con cui dovevano essere emanati e, quindi, eludendo sostanzialmente la trasparenza dell'Amministrazione nei confronti degli operatori economici** che avevano la certezza di agire nell'ambito di tetti di spesa (che, però, non erano stati individuati) senza poter supporre che vi fosse uno sforamento e che questo sforamento venisse accertato solo dal 2019 in poi.

In ogni caso si eccepisce ulteriormente l'illegittimità del reintrodotto

sistema di restituzione, giacchè la L. 142/2022 (di conversione del DL c.d. “Aiuti bis”, art. 18) ha innovato il precedente sistema di “rinegoziazione” e ha introdotto il citato sistema di imposizione diretta del pagamento di somme “*limitatamente al ripiano dell’eventuale superamento del tetto di spesa regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018”*, pretendendo di:

- attuare un nuovo sistema di copertura degli sforamenti delle Regioni per ciò che riguarda le spese mediche relative ai dispositivi medici;
- istituire un elenco delle ditte che si pretendono debitrici, senza indicare le ragioni del credito e senza provvedere ad una rinegoziazione;
- addossare **in via retroattiva** a queste imprese un sistema coercitivo ed obbligatorio a favore di un soggetto terzo (le Regioni) che nulla avevano a che fare con i contratti di fornitura sottoscritti con le Asl.

Il sistema di restituzione retroattiva viola:

i) il legittimo affidamento come principio generale dell'azione amministrativa “*…che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività*” (così **Cons. Stato, A.P., 29/11/2021, n. 21 e Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011**). Si tratta di “***principio connaturato allo Stato di diritto***” (*ex multis*, Corte Cost., sentenze n. 241 del 2019, n. 73 del 2017, n. 170 e n. 160 del 2013), che trova copertura costituzionale nell’art. 3 Cost.

In particolare come più volte affermato dalla Corte determina, ***in***

modo irragionevole e «con violazione del legittimo affidamento nella certezza delle situazioni giuridiche.

Una simile «*reformatio in peius*», che non stabilisce neppure meccanismi di progressivo ripristino della situazione lesa, non tenendo conto che in siffatta maniera il concorrente, operatore economico, avrebbe potuto anche non partecipare alla gara e non offrire visto che il negozio giuridico **modificato retroattivamento** non trova più un equo bilanciamento sotto il profilo economico, avendo l'Amministrazione goduto della fornitura. Ciò *in modo irragionevole e ingiustificato* (cfr. CdS cit.).

Ciò è in linea anche con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ove afferma costantemente che il principio della certezza del diritto esige che una normativa che possa comportare conseguenze svantaggiose per i privati sia chiara e precisa e che la sua applicazione sia prevedibile per gli amministrati (Corte giustizia UE, sez. III, 12 dicembre 2013, n. 362 e Sentenza della Corte (grande sezione) del 7 giugno 2005 in C-17/03). Non è certo il caso di specie per le ragioni sopra dette visto che i DM pretendono di avere efficacia retroattiva.

In ogni caso nell'ipotesi in cui si ritenesse che i DM impugnati siano la diretta applicazione della legge allora **si deve sollevare l'eccezione di costituzionalità di detta legge** per i seguenti motivi (oltre che per quelli sopra esplicitati che devono trovare applicazione anche nei confronti del provvedimento normativo).

QUESTIONE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE DELL'ART. 9 *TER* DEL DL 78/15 COSÌ COME

CONVERTITO DALLA L. 125/2015 s.m.i.

PER VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 2, 3, 41 E 53 DELLA COSTITUZIONE -

Le leggi che regolano la fattispecie (Legge n. 125/2015 e L. n.142/2022 e s.m.i. così come richiamati nel testo) sono illegittime costituzionalmente e anche in relazione al Trattato UE perché violano in più punti sia la carta costituzionale sia detto Trattato.

Come si è detto per i DM attuativi della citata legge il sistema di restituzione retroattiva che la L. 125/2015 ha introdotto viola:

1)il legittimo affidamento del privato (art. 11 preleggi in combinato disposto con l'art. 3 Cost.) nei confronti della pubblica amministrazione, principio che è stato sancito anche come principio generale dell'azione amministrativa e di diritto dalle preleggi del codice civile che costituiscono a loro volta atto normativo.

Le leggi n.ri 125/2015 e 142/22 sono formalmente atti primari, ma sostanzialmente atti provvedimentali perché dispongono in maniera puntuale senza alcun criterio di generalità ed astrattezza alla stessa stregua di un atto amministrativo. Come tali devono rispettare i principi generali del diritto coniugati dalla Corte Costituzionale con le preleggi del codice civile ed in particolare art. 11 co. 1: *"La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo"*. Del resto la giurisprudenza di codesta Corte è ferma nell'individuare il principio secondo *"della irretroattività della legge non penale dovrebbe, in linea di massima, essere osservato, essendo la garanzia della certezza dei rapporti giuridici uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile*" se non giustificata (la retroattività) da ipotesi

eccezionali che impongano l'estensione retroattiva. Eccezionalità che nel caso di specie non sussiste (cfr. Corte Cost. fin dalla sent., 28 luglio 1976, n. 194). Né tantomeno si può parlare di prevedibilità nel caso di specie giacché non vi era, come sopra detto, alcun elemento che potesse far sospettare all'operatore economico "avveduto" una modifica delle condizioni economiche del contratto giacché non vi era alcun provvedimento amministrativo a definizione dei tetti di spesa delle Regioni sui dispositivi medici (cfr. Corte Cost., sent. 15.7.1994 n. 315).

La violazione di siffatto principio lede (come sopra detto**) anche il legittimo affidamento** "*nel destinatario* (circa) *l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività*" (**Cons. Stato, A.P., 29/11/2021, n. 21 e Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011**). Si tratta di "***principio connaturato allo Stato di diritto***" (*ex multis*, Corte Cost., sentenze n. 241 del 2019, n. 73 del 2017, n. 170 e n. 160 del 2013), che trova copertura costituzionale nell'art. 3 Cost. in relazione appunto all'art. 11 delle preleggi. In particolare come più volte affermato dalla Corte la retroattività della legge provvedimento determina, ***in modo irragionevole e «con violazione del legittimo affidamento nella certezza delle situazioni giuridiche***, una **situazione incompatibile con i principi costituzionali circa la certezza del diritto**. La «*reformatio in peius*», che non stabilisce neppure meccanismi di progressivo ripristino della situazione lesa, non tenendo conto che in siffatta maniera l'operatore economico, avrebbe potuto anche non partecipare alla gara e non offrire visto che il negozio giuridico

modificato retroattivamente. Oggi il bilanciamento economico individuato nel contratto (bando di gara e miglior offerta) viene leso in maniera irreparabile, avendo l'Amministrazione goduto della fornitura. Le leggi provvedimento impugnate dispongono concretamente su una situazione giuridica esaurita e che non può essere più ripristinata nemmeno con una fonte primaria giacché una volta che il contratto è stato adempiuto e che il corrispettivo è stato versato mai si potrebbe ripristinare la situazione lesa giacché la fornitura è stata utilizzata e il servizio sanitario ne ha fruito a favore dei malati (nella fattispecie garze per ferite, ecc.). Ciò *in modo irragionevole e ingiustificato* e addirittura contrario anche al buon senso.

A questa fattispecie che vede l'operatore economico sostanzialmente sottoposto a una "sanzione" perché decurta illegittimamente il prezzo di una fornitura esaurita, facendolo partecipare alle spese pubbliche in maniera diseguale, la Corte Costituzionale.

Parimenti la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, come sopra detto, afferma gli stessi principi giacché **il principio della certezza del diritto** esige che *una normativa, che possa comportare conseguenze svantaggiose per i privati, sia chiara e precisa e che la sua applicazione sia prevedibile per gli amministrati* (Corte giustizia UE, sez. III, 12 dicembre 2013, n. 362 e Sentenza della Corte (grande sezione) del 7 giugno 2005 in C-17/03). Non è certo il caso di specie per le ragioni sopra dette visto che la legge provvedimento pretende di avere efficacia retroattiva.

Da ciò la lesione del citato art. 3 Cost. e 41 in quanto la citata legge

consente di modificare situazioni definite con atti contrattuali ove la pubblica amministrazione era in una situazione paritaria con il privato. In particolare si sottolinea come: nel divieto di assoggettare i destinatari delle leggi aventi oneri di carattere speciale deriva anche dall'art. 41 Cost., proprio perché incide sulla libera iniziativa economica del privato che deve essere regolata in base ai principi dell'affidamento e della buona fede, principi che hanno una portata generale e valgono non solo per i contratti formalmente privati, ma per ogni rapporto paritario così come derivante dall'applicazione del D.Lgs. 50/2016.

In questo ambito l'Amministrazione non è in una posizione di supremazia proprio perché si è esaurita la fase ad evidenza pubblica e, quindi, **dopo l'aggiudicazione essa è alla stessa stregua di qualsiasi privato** (con azione *jure privatorum*).

La impegnatività dei rapporti fondati sull'autonoma determinazione volitiva delle parti (offerente ed SA) costituisce un principio ineliminabile in questo tipo di rapporti e quindi, nel senso più stretto, un diritto inviolabile dell'uomo nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.).

2) il principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost.

Le leggi gravate sostanzialmente impongono all'operatore economico di concorrere alla "spesa" effettuata dagli Enti del SSN in maniera ingiustificata e diseguale. Ciò solo per il fatto di aver vinto una gara ad evidenza pubblica ed aver contratto con la pubblica amministrazione; l'operatore economico si trova, a differenza degli altri operatori, ad essere chiamato a concorrere alla spesa pubblica in maniera diseguale e ingiustificatamente irrazionale. Il concorrente

che aveva partecipato alla gara ad evidenza pubblica vinta dal ricorrente e che aveva offerto in maniera non significativa un maggior prezzo si trova, ora, in una situazione concorrenziale avvantaggiata perché non ha "lo svantaggio" di dover contribuire pro quota al ripiano dello sforamento del tetto di spesa regionale.

Ciò viola il citato principio costituzionale e comunque quello della intrinseca iniquità dei provvedimenti legislativi gravati, nel momento in cui sottopone l'impresa a una contribuzione alla spesa pubblica che prescinde dalla sua condizione soggettiva ed oggettiva, ma è legata esclusivamente ad un atto lecito e legittimo (contratto con la pubblica amministrazione ai sensi del D.Lgs. 50/2016).

La **capacità contributiva, unico punto di riferimento per il legislatore allorquando si tratta di imporre una illegittima corresponsione di denaro dovrebbe essere ricondotta in via principale alle persone fisiche chiamate ad onorare un debito tributario e non ad un'organizzazione oggettivamente considerata quale l'attività di impresa** (sul punto si segnala Corte costituzionale sent. n. 156 del 2001).

Come detto il sistema della "restituzione" costringe i fornitori di dispositivi medici (dalle garze alle siringhe, fino a strumentazioni molto complesse come stent, pacemaker, TAC, risonanze, pet, ecc), **a prescindere dalla loro capacità economica e dalla loro "solidità"** a una illegittima "contribuzione" svincolata da condizioni soggettive perché impone loro di restituire parte dei pagamenti ricevuti dalle Asl, che hanno richiesto i loro prodotti attraverso la gara ad evidenza pubblica, solo perché, si afferma che avevano

superato i tetti di spesa **non esistenti al momento del contratto, ma individuati esclusivamente dopo anni dalla definizione e chiusura del contratto.** Ciò crea una sorta di "*prestazione tributaria*" così come intesa dalla Corte Costituzionale (si veda sentenza 263/2020): "*la prestazione tributaria annovera – tra i suoi requisiti indefettibili – una disciplina legale «finalizzata in via prevalente a provocare una decurtazione patrimoniale del soggetto passivo, svincolata da ogni modificazione del rapporto sinallagmatico» (sentenza n. 178 del 2015, punto 9.1. del Considerato in diritto). Le risorse derivanti dal prelievo, connesse a un presupposto economicamente rilevante,* ***rivelatore della capacità contributiva****, devono essere poi destinate «a sovvenire pubbliche spese» (fra le molte, sentenze n. 240 del 2019, punto 5.1. del Considerato in diritto, e n. 89 del 2018, punto 7.1. del Considerato in diritto*)". Nel caso di specie le leggi gravate non sono basate su indici idonei a rilevare la capacità contributiva dell'operatore economico individuato, perché si basano su fattori esterni alla capacità contributiva dello stesso quali la sottoscrizione di un contratto che può aver avuto diverse finalità nell'ottica dell'imprenditore.

Il prezzo offerto in quella gara poteva essere anche non remunerativo ma per ragioni commerciali è stato offerto; ora con questo prelievo fiscale si aggrava ulteriormente ed ingiustamente la posizione del contribuente senza aver minimamente collegato questa richiesta alla sua effettiva capacità contributiva.

La norma costituzionale impone che "*Tutti sono tenuti a concorrere*

alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva" e che "*Il sistema tributario è informato a criteri di progressività*".

Il sistema delineato con le leggi gravate prescinde dalla capacità contributiva e chiede che solo le aziende vincitori di gara ad evidenza pubblica siano chiamate a versare a favore delle Regioni e delle Province autonome un importo in denaro corrispondente in percentuale ai contratti stipulati con le Aziende Sanitarie per ripianare lo sforamento del tetto di spesa dalle Regioni compiuto (e non dall'Asl nel momento della firma del contratto). Se un concorrente nello stesso settore economico del ricorrente non ha mai contratto con la Pubblica Amministrazione si trova avvantaggiato pur producendo esattamente gli stessi dispositivi medici. In tal maniera si vede come attribuendo ad un terzo (Regione) l'imposizione derivante da un contratto tra diversi soggetti significa imporre una **prestazione tributaria** che prescinde dalla capacità contributiva, in totale spregio al limite costituzionale di cui agli artt. 53 e 3 della Cost.. Anzi, il meccanismo della restituzione provoca esattamente l'effetto opposto, per così dire quasi "incentivante" le Asl a spendere per dispositivi medici, sapendo poi che le Regioni, al momento dello sforamento del tetto, andranno a recuperare parte delle somme spese con questa illegittima contribuzione, **pur avendo goduto ed utilizzato dei dispositivi medici commissionati**.

La violazione dell'art. 53 rileva anche per essere stato "il tributo" applicato retroattivamente, così come evidenziato nel IV motivo di ricorso e nel I vizio motivo di costituzionalità.

Come detto le leggi provvedimento gravate creano un meccanismo

di prelevamento tributario volto a sanare le finanze regionali che non è mai stato attuato nei tempi previsti dalla precedente legge proprio a causa dell'inerzia della PA sia al momento della fissazione del tetto di spesa regionale (avvenuta solo a distanza di molti anni, precisamente nel 2019), sia al momento della mancanza della verifica annuale del relativo sforamento così come previsto normativamente dal D.L. 78/2015 convertito dalla L. 125/2015. In tal maniera si è venuto a sanare retroattivamente un illegittimità ormai definita, perché non si erano rispettate le tempistiche volte a garanzia dei privati operatori economici i quali avrebbero dovuto conoscere immediatamente quali erano i tetti di spesa fissati per la singola Regione.

Le leggi gravate hanno previsto una sorta di "accelerazione" della restituzione "*limitatamente al ripiano dell'eventuale superamento del tetto di spesa regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018"*, volte unicamente a sanare inerzie dell'Amministrazione e pretendendo di addossare **in via retroattiva** e con un prelievo tributario rivolto alle sole imprese del settore che hanno contratto con la PA addossando loro tutti i ritardi che hanno interessato *l'iter* di avvio del sistema della restituzione.

Le questioni di legittimità costituzionale in tal modo sollevate risultano essere rilevanti e non manifestamente infondate.

Sono rilevanti in quanto gli artt. richiamati costituiscono un punto di riferimento centrale per la legittimità delle leggi provvedimento fondante l'esigenza di dare certezze al diritto e di non modificare le situazioni definite anche in omaggio all'art. 11 delle preleggi

soprattutto allorquando, come nel caso di specie, viene a porsi:

a) un rapporto di natura contrattuale instaurato a seguito di gara pubblica e, quindi, mediante l'azione *iure privatorum* della P.A., espressione per il privato di libertà di iniziativa economica;

b) una capacità impositiva a favore di un terzo Ente pubblico-Regione (svincolato dal rapporto sinallagmatico da cui è sorta l'obbligazione-contratto di fornitura ad evidenza pubblica con una Asl) ed a carico di un singolo operatore economico e non della generalità del settore.

Solo altresì rilevanti in quanto l'art. 53 costituisce la disposizione principale c.d. "Costituzione fiscale" fondando l'esigenza di imporre i tributi ai cittadini secondo un criterio di progressività che il sistema della restituzione non garantisce e che opera secondo un criterio irragionevole e discriminatorio. Non si capisce perché sia solo un fornitore di determinati dispositivi medici a contribuire al ripiano della finanza pubblica e non siano tutti i cittadini o, a tutto concedere ed in subordine, il solo settore economico di riferimento nel suo complesso e non solamente a carico di coloro che sono risultati vincitori in una gara di appalto.

Non sono manifestamente infondate.

Perché sussista il requisito della "*non manifesta infondatezza*" (formula doppiamente negativa che non equivale alla formula positiva della fondatezza, che dovrà essere valutata, invece, dalla Corte Costituzionale) è sufficiente che sussistano dubbi di incostituzionalità tali da non potere dare dimostrazione certa della manifesta infondatezza. Si tratta di uno strumento di filtro "largo",

che non necessita «*che il giudice sia convinto della fondatezza*» essendo «*sufficiente che esistono ragioni di incertezza*» (Corte Cost., sent. n. 161/1977).

P.Q.M.

Si insiste per l'accoglimento del ricorso previa, se necessaria, rimessione alla Corte Costituzionale ovvero alla Corte di Giustizia UE delle questioni sollevate.

Con vittoria di competente ed onorari.

Bologna – Roma, 9.2.2023

Prof. Avv. Antonio Carullo

Avv. Marcella Giuliante

CARULLO ANTONIO
2023.02.09 17:32:58
CN=CARULLO ANTONIO
C=IT
2.5.4.4=CARULLO
2.5.4.42=ANTONIO
RSA/2048 bits

****

Ai fini sensi e per gli effetti dell'art. 13, comma 6-bis, del D.P.R. n. 115/2002, si dichiara che trattasi di ricorso di valore indeterminabile per il quale il contributo unificato dovuto è come per legge.