

N. ____/____ REG.PROV.COLL.
N. 00016/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 16 del 2023, proposto da

Gerhò S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Ascioni e Michelangelo Ortore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia Autonoma di Trento, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione 2022-D337-00238 prot. 13812 di data 14.12.2022 del Dirigente Generale del Dipartimento Salute e Politiche sociali della Provincia Autonoma di Trento, nella parte che interessa la ricorrente 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 delle fatture di cui al documento n. 3 della parte ricorrente, delle fatture n. 003/14212 del 20 dicembre 2022 e n. 003/13751 del 20 dicembre 2022 e “di tutti i documenti endoprocedimentali prodromici al già menzionato provvedimento impugnato nonché di ogni altro atto precedente, conseguente e/o comunque, connesso a quello impugnato, ancorché non conosciuti e richiamati nel citato provvedimento, con riserva di agire per il risarcimento dei danni subiti e subendi ai sensi dell’articolo 28 della Costituzione nei confronti del R.U.P. e, comunque, dei funzionari che hanno posto in essere la condotta illegittima in violazione di legge” (sic).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 luglio 2023 il dott. Fulvio Rocco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue.

1.1.La ricorrente Gerhò S.p.a. (qui di seguito Gerhò), avente sede a Bolzano, opera nel settore dentale e fornisce direttamente in Italia e all'estero, attraverso gli appositi cataloghi on-line *Gerhò Magazine* e *Studio Line*, prodotti a marchio proprio e di altre aziende ad uso odontoiatrico e odontotecnico.

In dipendenza di tale attività, Gerhò pertanto è anche fornitore di varie strutture sanitarie facenti parte del Servizio Sanitario Nazionale e, per quanto qui segnatamente interessa, aventi sede nel territorio della Provincia Autonoma di Trento.

Gerho premette che l’istituto disciplinato dall’ art. 9 ter, comma 9 bis del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 125 e succ. modd. (c.d. *payback*) si sostanzia quale meccanismo vincolante dell’azione amministrativa, con lo scopo di fronteggiare l’aumento di spesa sanitaria pubblica,

quando le Regioni e le Provincie Autonome di Bolzano e Trento superano i tetti di spesa sanitari preventivati di anno in anno.

Tale meccanismo dispiega effetto anche sugli appaltatori laddove estende alle aziende fornitrici di una parte dello sfioramento del tetto per l'acquisto dei dispositivi medici realizzato dalle Regioni e dalle Provincie Autonome, senza che le stesse, avendo presentato un'offerta, abbiano concorso al superamento e, quindi, alla relativa responsabilità: e ciò in forza della disposizione per cui *“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”*.

Tale disciplina individua in tal senso delle soglie percentuali di quanto posto a carico delle aziende fornitrici: il 40% per l'anno 2015, il 45% per il 2016 e il 50% a partire dal 2017 in poi e rinvia alle Linee guida del Ministero la relativa definizione delle modalità di compartecipazione di ciascuna azienda e di riparto delle somme.

Gerhò evidenzia che *“l'articolo 9 ter citato, rimaneva per anni “silente” nei confronti delle imprese che fornivano dispositivi medici agli enti pubblici e subiva una forte accelerata con l'articolo 18 del decreto aiuti-bis (contenuto nel decreto-legge 09 agosto 2022, n. 115, convertito con la legge 21 settembre 2022 n. 142) che modificava in parte l'articolo 9-ter in questione e introduceva il comma 9-bis, specificando che per le annualità 2015, 2016, 2017 e 2018, il Ministero della Salute, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) doveva adottare, entro il 30 settembre 2022, un decreto che certificava il superamento del tetto di spesa per l'acquisto di dispositivi medici. ... Con il decreto del Ministero della Salute del 6 luglio 2022 (pubblicato in G.U. il 15 settembre 2022) venivano certificate le annualità relative agli anni 2015, 2016, 2017 e 2018. ... Il 15 settembre 2022 veniva pubblicato in Gazzetta Ufficiale il decreto del Ministro della Salute e del MEF che certificava il superamento del tetto di spesa dei 4 dispositivi medici pari al 4,4% del Fondo Sanitario Nazionale (FSN) per gli anni 2015, 2016,*

2017 e 2018. ... Con il successivo decreto del Ministero della Salute del 6 ottobre 2022 (pubblicato in G.U. il 26 ottobre 2022) venivano adottate 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; il decreto acquisiva in data 28 settembre 2022 l'intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, fermo restando la necessità manifestata di "2. Aprire un tavolo di confronto con il Ministero dell'Economia e Finanze per definire criteri comuni di valutazione dei rischi e per la gestione dell'eventuale contenzioso" Entro 90 giorni dal decreto del 15 settembre, cioè entro 15 dicembre, le Regioni /Province Autonome dovevano adottare i provvedimenti di quantificazione delle somme che ciascuna azienda produttrice era tenuta a restituire".

Gerho espone quindi che le anzidette Linee Guida specificavano che ogni singola amministrazione sanitaria doveva eseguire una ricognizione delle fatture d'acquisto della voce "BA0120-Dispositivi Medici" per ogni azienda fornitrice. Tali fatture dovevano essere poi sommate per calcolare il fatturato annuo di ogni fornitore "al lordo dell'IVA". I dati così calcolati dovevano poi essere trasmessi alle Regioni e alle Province Autonome, che dovevano procedere alla sommatoria del fatturato annuo di vendita dei dispositivi medici per ogni fornitrice, pervenuto dalle singole amministrazioni sanitarie, per determinarne poi la percentuale d'incidenza del fatturato aziendale sul fatturato sanitario complessivo regionale. Tale operazione doveva essere effettuata entro il 15 dicembre 2022 ed i pagamenti dovevano avvenire entro 30 giorni dalla pubblicazione del provvedimento regionale. Decorso inutilmente i 30 giorni per effettuare il pagamento, la norma disponeva che i debiti per gli acquisti detenuti dalle regioni o dagli altri enti del SSN erano posti in compensazione con i crediti che le singole imprese avevano maturato.

1.2. In ragione della disciplina sopra esposta, la Provincia Autonoma di Trento

comunicava a Gerhò quanto segue: *“l’Amministrazione competente per il presente procedimento è la Provincia autonoma di Trento, Piazza Dante n. 15, 38122 Trento; l’oggetto del procedimento consiste nell’individuazione 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. n. 78 del 2015 e degli importi dovuti dalle medesime; la struttura competente è il Dipartimento Salute e politiche sociali della Provincia autonoma di Trento; il responsabile del procedimento è il Direttore Generale del Dipartimento Salute e politiche sociali; il termine del procedimento è quello previsto all’articolo 9 ter, comma 9 bis del d.l. n. 78 del 2015.”* (cfr. doc. n. 4 di parte ricorrente)

1.3. Gerhò espone quindi che con ricorso proposto innanzi al T.A.R. per il Lazio sub R.G. n. 13498/2022 la Medical Group S.r.l. (qui di seguito Medical Group) ha ivi impugnato il decreto del Ministro della Salute e del Ministero dell’Economia e delle Finanze (MEF) che certificava il superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici pari al 4,4% del Fondo Sanitario Nazionale (FSN) per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 e ogni altro atto conseguente per violazione di legge ed eccesso di potere. In tale sede di giudizio Medical Group, in relazione agli atti impugnati in quel giudizio, deduceva, oltre alla violazione di specifica normativa di legge e della Costituzione, anche: a) l’erronea e/o mancata valutazione dei presupposti di fatto ed in diritto, nonché, in relazione ai principi generali di buona amministrazione, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa e dell’affidamento; irragionevolezza grave e manifesta, travisamento, contraddittorietà; disparità di trattamento e ingiustizia manifesta; violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza di cui agli art. 3, 41, 42, 53 e 97 Cost.; b) l’illegittimità costituzionale del meccanismo di ripiano del *payback* per violazione degli artt. 42 e 117, comma 1, Cost. in relazione all’art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU) e all’art. 41 della Carta di Nizza.

Con decreto n. 9104/2022, pubblicato il 17 novembre 2022, la Sezione III quater

dell'adito T.A.R. rilevava che, ai fini della procedibilità del ricorso, lo stesso doveva essere notificato a tutti i soggetti controinteressati, ossia a tutte le società produttrici e/o distributrici di dispositivi medici che operano nel territorio italiano, potendo l'eventuale accoglimento del ricorso arrecare loro pregiudizio, essendo stato impugnato anche il decreto del Ministero della Salute del 6 ottobre 2022 di 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. Mediante tale provvedimento giudiziale è stata quindi disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tali soggetti e, in ragione del loro rilevante numero e della difficoltà oggettiva di individuare tutti i controinteressati, autorizzava la notifica per pubblici proclami, mediante la pubblicazione degli elementi a tanto necessari sul sito istituzionale del Ministero della Salute. A seguito di tale pubblicazione Gerhò si è pertanto costituita nel predetto ricorso ivi pendente sub R.G. 13498/2022 associandosi a tutte le censure dedotte da Medical Group e, in particolare, alla richiesta di annullamento, da quest'ultima formulata, degli atti di cui sopra, chiedendo pertanto l'integrale accoglimento del ricorso proposto siccome pienamente fondato in fatto e in diritto.

1.4. Con PEC del 19 dicembre 2022 Gerhò ha chiesto alla Provincia Autonoma di Trento l'accesso alle pratiche delle procedure di fornitura di dispositivi medici ad essa aggiudicate e le cui forniture sono coinvolte nel procedimento di recupero per gli 2015-2016-2017- 2018. In particolare, Gerhò ha chiesto di prendere visione dei seguenti documenti: 1) provvedimento di nomina del Responsabile Unico del Procedimento (RUP); 2) atto di programmazione degli appalti ed il provvedimento di accertamento della disponibilità finanziaria; 3) provvedimento di nomina della commissione di gara; 4) verbali della commissione di gara; 5) provvedimento di aggiudicazione; 6) provvedimento di approvazione del contratto; 7) atti di accertamento della necessità della fornitura o singole forniture e della relativa disponibilità economica.

Gerhò espone di aver precisato nella propria istanza che l'accesso da essa chiesto era necessario per provare l'illegittimità della condotta posta in essere dai funzionari dell'Amministrazione provinciale, i quali - a suo dire - non avrebbero volontariamente tenuto conto dei limiti di spesa fissati dalla normativa e che, quindi, avrebbero determinato lo sfondamento della spesa sanitaria (cfr. doc. 8 di parte ricorrente).

Gerhò riferisce che tale istanza è stata disattesa dall'Amministrazione provinciale.

1.5. Con PEC dd. 22 dicembre 2022 indirizzata all'Amministrazione provinciale Gerhò ha quindi chiesto l'annullamento in via di autotutela del procedimento attivato nei suoi confronti, tenuto conto della pendenza del predetto procedimento innanzi al T.A.R. per il Lazio nel quale essa aveva assunto la posizione di parte. L'Amministrazione provinciale non ha preso posizione su tale istanza di annullamento ma ha emesso a carico della stessa Gerhò le fatture n. 003/14212 del 20 dicembre 2022 e n. 003/13751 del 20 dicembre 2022 a titolo di ripiano del *payback* per gli esercizi 2015, 2016, 2017 e 2018, con contestuale invito a provvedere al loro pagamento.

In ragione della mancanza di motivazione sui calcoli eseguiti per la determinazione dei relativi importi, con PEC del 16 gennaio 2023 inoltrata sempre all'Amministrazione provinciale Gerhò ha chiesto di ottenere la disponibilità della documentazione richiamata nella richiesta di pagamento e ha contestualmente sollecitato l'adempimento alla predetta istanza di accesso da essa presentata con la precedente sua PEC del 19 dicembre 2022

Non avendo ottenuto riscontro anche a tale sua ultima richiesta, con il ricorso in epigrafe Gerhò chiede pertanto l'annullamento:

a) della determinazione 2022-D337-00238 prot. 13812 di data 14.12.2022 del Dirigente Generale del Dipartimento Salute e Politiche sociali della Provincia Autonoma di Trento, nella parte che interessa la ricorrente, 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”;

b) delle fatture di cui al documento n. 3 della parte ricorrente, delle fatture n. 003/14212 del 20 dicembre 2022 e n. 003/13751 del 20 dicembre 2022

c) *“di tutti i documenti endoprocedimentali prodromici al già menzionato provvedimento impugnato nonché di ogni altro atto precedente, conseguente e/o comunque, connesso a quello impugnato, ancorché non conosciuti e richiamati nel citato provvedimento, con riserva di agire per il risarcimento dei danni subiti e subendi ai sensi dell'articolo 28 della Costituzione nei confronti del R.U.P. e, comunque, dei funzionari che hanno posto in essere la condotta illegittima in violazione di legge” (sic).*

2.2. A supporto del proprio ricorso Gerhò solleva innanzitutto una questione di costituzionalità della surriferita disciplina legislativa.

In tal senso, ad avviso della ricorrente, l'istituto del *payback* appare ascrivibile alle prestazioni patrimoniali imposte *ex lege*, non collegate ad una causa contrattuale, bensì esclusivamente finalizzato a contenere i costi del servizio pubblico sanitario. Le relative prestazioni patrimoniali, pertanto, di fatto assumono una natura sostanzialmente tributaria, con la conseguente rilevanza a tale riguardo degli artt. 53 e 23 Cost.

Per quanto segnatamente attiene all'art. 53 Cost., va rimarcata la sua testuale affermazione secondo cui *“tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva”*.

La ricorrente evidenzia in proposito che da tale assunto si è ricavato un principio costituzionale che da un lato, obbliga il contribuente a concorrere alle spese pubbliche ma, dall'altro lato, gli garantisce la sottoposizione a tassazione solo in

ragione di fatti idonei ad esprimere la sua capacità economica effettiva ed attuale: e che peraltro, secondo l'insegnamento risalente e consolidato della Corte Costituzionale, la capacità contributiva deve essere determinata al netto dei costi sostenuti (cfr. Corte Cost., 23 giugno 1965, n. 69 e tutta la giurisprudenza successiva intervenuta sul punto). Tale principio non risulterebbe nella specie rispettato, tenuto conto che l'articolo 9-ter del d.l. n. 78 del 2015 ha disposto che il *payback* a carico delle aziende sia calcolato sul fatturato lordo, quindi coinvolgendo anche il ricavo ed escludendo i costi sostenuti da ciascun operatore economico per adempiere al contratto di fornitura.

Per quanto attiene invece all'art. 23 Cost. la ricorrente rileva che, avendo il *payback* natura di prestazione patrimoniale imposta *ex lege*, esso assume rilievo nella parte in cui dispone nel senso che “*nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*”, introducendo pertanto a tale riguardo una riserva di legge c.d. “*relativa*”.

La ricorrente evidenzia quindi che la Corte costituzionale, in relazione ai criteri nell'ambito della riserva sulle prestazioni patrimoniali imposte, ha da tempo risalente evidenziato che la determinazione di elementi o di presupposti della prestazione che siano espressione di discrezionalità tecnica può essere rinviata a provvedimenti amministrativi, purché risultino assicurate le garanzie volte ad impedire che discrezionalità divenga arbitrio (così Corte Cost. si veda: Corte Cost. 14 giugno 2007, n. 190 e 7 aprile 2011, n. 115, nonché la giurisprudenza ivi richiamata) Nel caso di specie, tali requisiti non parrebbero soddisfatti. In effetti, l'art. 17, comma 1, lett. c) del d.l. n. 98 del 2011 si riferisce genericamente alla “*spesa sostenuta direttamente dal Servizio sanitario nazionale per l'acquisto di dispositivi medici*”, determinata “*tenendo conto dei dati riportati nei modelli di conto economico (CE)*”. Anche tralasciando la problematica relativa alla assoluta genericità testuale di tale riferimento, ad avviso della ricorrente si dovrebbe dare atto che l'indeterminatezza della norma di legge risulterebbe tale da aver reso la discrezionalità rimessa all'amministrazione talmente eccessiva che il contenuto

della norma primaria è stato definito nei suoi contenuti essenziali addirittura con una mera circolare (n. 5496/2020) del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Ministero Salute. Ne deriverebbe, quindi, che la discrezionalità della Pubblica Amministrazione non ha avuto, in sostanza, una delimitazione precisa dal legislatore, privando di ogni effetto la riserva di legge. Un'ulteriore ragione di censura in punto di violazione della riserva di cui all'articolo 23 Cost. emergerebbe inoltre in relazione al fabbisogno sanitario regionale standard per gli anni 2015-2018, e ciò in quanto il valore di tale fabbisogno viene definito sulla scorta di una decisione politica assunta nell'ambito della formazione del bilancio pubblico dello Stato e non in base a parametri oggettivi e storici: il che finirebbe, in via derivativa, per lasciare anche alla Conferenza Stato-Regioni un'amplissima discrezionalità nella fissazione del tetto di spesa delle stesse Regioni e Province Autonome. Per meglio dire, a norma dell'art. 17, comma 1, lett. c) del dl. N. 98 del 2011 la spesa sostenuta dal Servizio sanitario nazionale per l'acquisto di dispositivi medici è fissata entro un tetto a livello nazionale e a livello di ogni singola Regione e Provincia Autonoma riferito rispettivamente al fabbisogno sanitario nazionale standard e al fabbisogno sanitario regionale standard di cui agli artt. 26 e 27 del d.lgs. 6 maggio 2011, n. 68. In entrambi i casi questi valori dipendono da scelte politiche non influenzate dai dati di spesa oggettivi e storici: tant'è che l'art. 1, comma 131, lett. b) della l. 24 dicembre 2012, n. 228 ha fissato il primo al 4,4% del Fondo Sanitario Nazionale, in maniera totalmente inadeguata e sproporzionata, come tale censurabile per manifesta irragionevolezza, di cui si dirà successivamente. La Conferenza Stato-Regioni, competente alla definizione del secondo valore, avrebbe potuto operare una correzione di rotta; invece, come sopra richiamato, ha individuato i tetti di spesa regionali nel 4,4% del fabbisogno sanitario standard senza distinguere tra le diverse Regioni e Province Autonome: ma ciò ha potuto fare, comunque illegittimamente, prima di tutto perché la norma primaria non ha perimetrato, come viceversa avrebbe dovuto, la sua discrezionalità.

E, ancora, la legge avrebbe dovuto fornire indicazioni e criteri per perimetrare la discrezionalità della Pubblica Amministrazione anche in ordine alla necessità di scorporare il costo dei servizi da quello dei dispositivi medici, atteso che molto spesso con la fornitura dei dispositivi si accompagna la prestazione di una serie di servizi (assistenza tecnica, noleggio, ecc.) fatturati unitamente ai dispositivi medesimi; senonché, essendo il servizio altra cosa rispetto al dispositivo medico, esso non deve essere conteggiato ai fini della verifica del superamento del tetto di spesa. Di qui, pertanto, l'illegittimità costituzionale della norma primaria per non avere questa dettato sufficienti limiti alla discrezionalità dell'amministrazione. Ne costituirebbe, del resto, ampia riprova il fatto che proprio il legislatore, consapevole evidentemente di ciò, è intervenuto stabilendo, con l'art. 1, comma 557, della l. 30 dicembre 2018, n. 145 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”*. Tuttavia, tale norma è entrata in vigore dal 2019 e in tal senso conferma l'illegittimità della normativa antecedente – di cui si discute – per non aver dettato sufficienti limiti, anche sul punto, alla discrezionalità dell'amministrazione.

La ricorrente reputa inoltre violato anche l'art. 3 Cost., affermando che l'istituto del *payback* lede il fondamentale principio di uguaglianza in considerazione della mancata differenziazione per settore, atteso che i margini sulle forniture di dispositivi medici sono molto variabili a seconda del tipo di prodotto, del livello di concorrenza, ecc. La categoria merceologica dei dispositivi medici comprende infatti più semplici come siringhe, cerotti, ecc. e prodotti ben più più complessi come. Ad esempio, apparecchiature per radiodiagnostica ovvero per supporto cardiologico, con relevantissime diversità per materiali e tecnologie utilizzati. L'istituto di cui trattasi, introdotto dal legislatore per i cc.dd. *medical devices*, fa sì che si determini una ben evidente disparità di trattamento tra un'azienda che per il solo fatto di produrli e/o commercializzarli è chiamata a rimborsare una parte di fatturato rispetto a quelle che, magari operando sempre in ambito sanitario ma in

diverso settore industriale, non è assoggettata a questa forma di prestazione imposta *ex lege*.

La ricorrente reputa inoltre violato anche il combinato disposto degli artt. 3 e 97 Cost., posto che in via ulteriore, l'istituto ne risulta difforme in punto di ragionevolezza e proporzionalità.

Sempre secondo la ricorrente appare pure violato l'altrettanto fondamentale principio del legittimo affidamento, avendo riguardo al fatto che la fissazione di un tetto di spesa è avvenuta in via retroattiva per il periodo 2015-2018. Secondo la ricorrente, *“sul punto, delle due l'una: o ciò non poteva per legge accadere, nel senso che la normativa primaria de qua lo ha in via implicita escluso, potendo il payback essere richiesto solo a fronte di una previa delimitazione di un tetto di spesa o dell'assegnazione di un budget di spesa, e laddove questa sia mancata esso non può più essere richiesto in via retroattiva (ed allora sono illegittimi i provvedimenti ministeriali attuativi, non avendo compreso che la legge non consentiva loro di venire in essere con riferimento agli anni 2015-2018); oppure, se la normativa primaria consenta, invece, tale definizione retroattiva, essa stessa è illegittima per la violazione dei principi costituzionali della ragionevolezza delle leggi e del principio del legittimo affidamento dei cittadini e delle imprese alla stabilità dei rapporti giuridici, ritenuti in modo pacifico dalla giurisprudenza costituzionale uno dei cardini dello Stato di diritto”*. Del resto, sempre secondo la ricorrente, *“quanto al legittimo affidamento, l'incostituzionalità della norma primaria de qua ben si coglie laddove si consideri che ha imposto alle aziende oneri irragionevoli e sproporzionati, dipendenti da fattori non legati ad alcun logico e prevedibile criterio e, in quanto tali, arbitrari e in violazione del principio dell'affidamento e della certezza del diritto. La richiesta di restituzione di una parte del prezzo convenuto per l'acquisto del dispositivo medico deriva, infatti, da un eccesso di spesa determinato da scelte assunte in via unilaterale dagli enti del servizio sanitario nazionale, senza che le aziende fornitrici abbiano potuto non*

solo avere alcuna consapevolezza del fatto che gli enti del servizio sanitario nazionale stavano spendendo troppo rispetto al budget loro assegnato tramite il tetto di spesa, ma tantomeno aver alcuna possibilità di decidere, a quel punto, se continuare a negoziare con gli enti sanitari pubblici ovvero limitarsi a porre in essere contratti solo con le strutture sanitarie private. Ciò è ancor più grave in quanto è avvenuto con un prelievo forzoso tramite payback in maniera retroattiva, dopo la chiusura degli esercizi finanziari e con provvedimenti che tentano di recuperare ex post l'eccesso di spesa verificatosi a danno delle imprese fornitrici con le quali gli enti sanitari pubblici hanno regolarmente stipulato, all'esito di gare, un contratto. A distanza di anni, invece, tutto ciò viene retroattivamente cancellato, in totale spregio dell'affidamento in tal modo legittimamente ingenerato”.

La ricorrente a questo punto rimarca che il principio di affidamento nella certezza e stabilità dei rapporti giuridici è da tempo ritenuto dal Giudice delle leggi un principio cardine, che trova il proprio *ubi consistam* sul principio di uguaglianza e di ragionevolezza delle leggi di cui all'art. 3 Cost. e che può divenire recessivo solo di fronte ad un intervento proporzionato rispetto ad esigenze pubbliche di tipo inderogabile, come anche da ultimo ribadito dalla Corte Costituzionale nella sentenza 21 giugno 2022, n. 188.

2.2. Con un secondo ordine di censure Gerhò deduce la violazione, da parte dell'istituto del *payback*, anche dei sovrastanti ordinamenti della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) ed eurounitario.

In particolare Gerhò afferma la sussistenza, nella specie, di violazione degli articoli 42 e 117 comma 1 della Costituzione in relazione all'articolo 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU e dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. nonché del combinato disposto degli artt. 42 e 117, primo comma, Cost. in relazione all'articolo 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU e dell'articolo 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Sotto tali ulteriori profili, l'istituto risulterebbe pertanto lesivo del diritto di

proprietà tutelato dall'arti. 42 della Costituzione, atteso che la normativa primaria qui censurata ha carattere sostanzialmente espropriativo senza tuttavia prevedere alcun indennizzo, come viceversa imposto appunto dallo stesso art. 42 Cost., in favore degli operatori economici vulnerati dal *payback*.

Sempre in tal senso la ricorrente evidenzia che da tempo la Corte Europea de Diritti dell'Uomo (CEDU) ha statuito che l'intervento normativo sulla proprietà privata esige criteri di prevedibilità (cfr. CEDU, Dimitrovi c. Bulgaria, 3 marzo 2015) e di non arbitrarietà delle ingerenze della Pubblica Amministrazione nella sfera del privato (cfr. CEDU, Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia, 7 giugno 2012) e che necessita rispettare il principio di proporzionalità tra interesse generale e sacrificio imposto al privato (cfr. CEDU Agrati e altri c. Italia, 7 giugno 2011; Pressos Compañía Naviera c. Belgio, 3 luglio 1997; Sporrøng c. Svezia, 23 settembre 1982). Ad analoghe conclusioni, peraltro, può anche pervenirsi tenuto conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE in relazione agli articoli 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (cfr. CGUE 22 gennaio 2013, C-283/11). Inoltre la già dedotta disparità di trattamento si porrebbe anche in violazione anche del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, articolo 1, in quanto ogni forma di tassazione risulta rilevante (cfr. CEDU, Burden c. Regno Unito, 29 aprile 2008; N.K.M. c. Ungheria, 14 maggio 2013), essendo stato in tal senso statuito che è necessario, affinché non si determini un violazione dell'articolo 1 del Primo Protocollo, *“che tali misure siano implementate ed attuate in una maniera non 14 discriminatoria e si conformino con i requisiti di proporzionalità”* (così, per l'appunto, la già citata CEDU, Burden c. Regno Unito, 29 aprile 2008). Del resto – denota sempre la ricorrente - tale principio è declinato in modo sostanzialmente identico negli articoli 16 e 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: e da parte sua, la Corte di Giustizia UE ha statuito, in relazione al principio di eguaglianza e non discriminazione, che nelle limitazioni al diritto di libera iniziativa economica privata *“situazioni paragonabili non siano trattate in*

maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato (sentenza del 7 giugno 2005, VEMW e a., C-17/03, EU:C:2005:362, punto 48)” (cfr. CGUE, Sez. II, 4 maggio 2016, n. 477/14 e 29 settembre 2016, n. C-492/14), con conseguente sussistenza, nella specie, della violazione dell’articolo 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, comma 1, quale norma parametro interposta rispetto all’articolo 117 comma 1 della Cost. e parimenti conseguenziale necessità di rimessione alla Corte Costituzionale e/o di rinvio pregiudiziale ex articolo 267 TFUE dinanzi alla Corte di giustizia UE, per la violazione riguardante gli articoli 16 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, o, comunque, della diretta disapplicazione delle disposizioni di legge dell’ordinamento italiano da essi difformi.

La ricorrente deduce anche l’avvenuta violazione dei principi di fonte eurounitaria di cui alla Direttiva 2014/24/UE, segnatamente di remuneratività e immodificabilità dei contratti pubblici. Sotto ques’ultimo profilo, ad avviso della ricorrente non potrebbe non evidenziarsi anche la violazione dei principi predetti laddove affermano la necessità della remuneratività dell’offerta per gli operatori economici, con la conseguenza di escludere le offerte anormalmente basse e di introduzione del limite dell’immodificabilità dei contratti d’appalto aggiudicati dalle pubbliche amministrazioni. Secondo la ricorrente l’istituto del *payback* violerebbe tali principi in quanto, da un lato, la remuneratività dell’offerta viene ad essere alterata dall’obbligo di *payback* di una parte rilevante del prezzo di aggiudicazione, espressione del calcolo economico effettuato dall’operatore; dall’altro lato in quanto il *payback* impone una modifica *ex post* del prezzo di aggiudicazione di forniture pubbliche già esaurite od ancora in essere. Il contrasto con i principi comunitari risulterebbe evidente secondo la ricorrente con riguardo all’assunto della Corte di Giustizia UE per cui i principi della predetta direttiva ostano a che, dopo l’aggiudicazione di un appalto pubblico, l’amministrazione aggiudicatrice e l’aggiudicatario apportino modifiche tali da incidere sensibilmente sulle

caratteristiche iniziali dell'appalto stesso (CGUE, Sez. VIII, 7 settembre 2016, in C. 549-14), salve le eccezioni previste dalla direttiva stessa, tra le quali naturalmente non sono contemplate ipotesi di *payback* introdotte nei diversi ordinamenti nazionali. A tale riguardo la ricorrente ribadisce che l'istituto da essa avversato si sostanzia in un *“meccanismo ... che comporta il recupero d'ufficio, ex post, di somme già contrattualmente pattuite a titolo di prezzo, che viene arbitrariamente modificato in via unilaterale dalla stazione appaltante; anzi, viene ripetuta una parte di quanto convenuto tra gli enti sanitari e l'aggiudicatario sulla base di un prezzo formalizzato nell'offerta, calcolato muovendo dall'importo a base della gara fissato dalla stessa stazione appaltante, della cui attendibilità i concorrenti non avevano ragione di dubitare e sulla scorta della quale avevano valutato sostenibilità economica e remuneratività dell'operazione”*. A tale ultimo riguardo la ricorrente produce quale suo doc. 11 un contratto in cui è testualmente richiamata per la determinazione del compenso l'offerta economica presentata in sede di gara che *“costituisce parte integrante del presente contratto e viene ad esso allegato materialmente”*. Sul punto la medesima ricorrente altresì osserva che le aziende fornitrici, malgrado fossero a conoscenza dell'esistenza di una normativa di legge sul superamento del tetto di spesa (ossia il qui contestato art. 9 ter, comma 9 bis, 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'art. 1, comma 557, della legge 30 dicembre 2018, n. 145) non avevano, al momento della presentazione dell'offerta economica, alcuna possibilità di sapere se e quando il tetto di spesa avrebbe potuto dirsi superato nell'ambito territoriale di riferimento dell'amministrazione aggiudicante, né potevano ipotizzare di quale entità sarebbe stata l'incidenza del conseguente *payback* adeguando in tal modo la propria offerta: e ciò proprio in quanto, a quel momento, le Regioni e le Province Autonome non avevano provveduto al tempestivo adempimento di quanto imposto dalla normativa di cui trattasi, la quale - in buona sostanza - finisce per

onerare le imprese fornitrici di responsabilità totalmente imputabili alle stazioni appaltanti: proprio a queste ultime, infatti, compete non solo la programmazione di acquisti e contratti, ma sono anche le uniche ad avere consapevolezza di quando e di quanto possa dirsi superato il tetto di spesa. L'insieme di tali argomenti conforta pertanto la ricorrente a dedurre la violazione dei suddetti principi comunitari, con la correlativa necessità per il giudice nazionale di disapplicare la normativa sopra richiamata, ovvero di procedere al rinvio pregiudiziale ex articolo 267 TFUE alla Corte di Giustizia UE.

Concludendo le proprie censure nell'ambito del diritto eurounitario la ricorrente deduce pure l'avvenuta violazione del principio di neutralità in ambito IVA di cui alla Direttiva 2006/112/CE. A tale riguardo la ricorrente rimarca che il superamento da parte delle Regioni e delle Province Autonome del tetto massimo di spesa per i dispositivi medici viene determinato sulla base dei costi da queste ultime sostenuti per il relativo acquisto al lordo dell'IVA. Senonché, per tal via, il soggetto effettivamente gravato dall'imposta non sarà più la Regione o la Provincia Autonoma (tramite gli enti del Servizio sanitario regionale o provinciale) quale consumatore finale, bensì la medesima impresa fornitrice: e ciò, dunque, in aperto contrasto con il principio eurounitario di neutralità di cui alla Direttiva n. 2006/112/CE che - per l'appunto - garantisce all'operatore economico di non rimanere inciso dall'imposta, la quale deve gravare esclusivamente sul consumatore finale. In tal senso, l'addebito imposto dall'istituto del *payback* in capo alle imprese fornitrici anche di una parte dell'IVA non può che determinare una violazione del predetto principio di neutralità di tale imposta con conseguente illegittimità dell'istituto e la necessità di sua disapplicazione da parte del giudice nazionale e/o di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, anche su tale ultimopunto, dinanzi alla Corte di Giustizia UE.

2.3. Violazione di legge. Violazione dell'art. 21 nonies, comma 1, della l. 7 agosto 1990, n. 241 e dell'art. 32 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

La ricorrente in tal senso evidenzia che l'art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016

dispone che *“divenuta efficace l’aggiudicazione, e fatto salvo l’esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni”*, con ciò intendendo separare con chiarezza ed in modo netto - nell’ambito del complessivo procedimento di affidamento dell’appalto, che ha origine con la determina a contrarre - la fase della scelta del contraente dalla fase di stipulazione del contratto, con la quale sorge la pariteticità delle posizioni pubblica e privata. Come è ben noto, infatti, con l’aggiudicazione non può dirsi sorto alcun vincolo negoziale tra la stazione appaltante e l’aggiudicatario, necessitando a tal fine la stipulazione del contratto. A questo proposito si introduce la questione dell’eventuale esercizio del potere di autotutela da parte dell’amministrazione aggiudicatrice. La ricorrente evidenzia che tale problematica è stata affrontata dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, nella sua sentenza n. 14 del 20 giugno 2014. Dopo aver escluso che l’amministrazione aggiudicatrice possa procedere a’ sensi dell’art. 21-quinquies della l. n. 241 del 1990 alla revoca del contratto successivamente alla stipula di quest’ultimo, l’Adunanza Plenaria ha infatti espressamente ricordato che la possibilità dell’annullamento d’ufficio dell’aggiudicazione definitiva anche dopo tale stipula - al di là del richiamo, contenuto in tale pronuncia, all’articolo 1, comma 136, della l. 30 dicembre 2004, n. 311, ora abrogato - è *“concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l’aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso”*. Un simile potere di annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell’azione amministrativa anzitutto da parte della stessa Amministrazione aggiudicatrice deve quindi riconoscersi anche dopo l’aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto (cfr. sul punto anche Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2015, n. 3237), con conseguente inefficacia di quest’ultimo, e trova ora un solido fondamento normativo dopo le recenti riforme

introdotte per effetto delle deleghe contenute nella l. 7 agosto 2015, n. 124 della legge n. 124 del 2015, nonché nella previsione dell'articolo 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, i quali non possono non ritenersi comprensivi anche dell'andamento di una pubblica commessa: di qui, pertanto, la totale correttezza dell'osservazione che al venir meno con effetti ex nunc del provvedimento di affidamento della fornitura conseguente agli evidenziati vizi genetici, senz'altro consegue la caducazione del contratto in ragione del vincolo di stretta consequenzialità funzionale che avvince tali atti. La caducazione – del resto – rappresenta il rimedio al principio espresso dalla Corte di Giustizia UE secondo il quale dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario non possono apportare modifiche tali da incidere sensibilmente sulle caratteristiche iniziali dell'appalto stesso (cfr. sul punto CGUE, Sez. VIII, 7 settembre 2016, in C. 549-14) salve le eccezioni previste dalla direttiva stessa, tra le quali non figura l'ipotesi di *payback* introdotta nell'ordinamento italiano. Né va sottaciuto che con il provvedimento impugnato l'Amministrazione è intervenuta sul compenso già corrisposto al fornitore e, quindi, su di un rapporto già chiuso ed esaurito applicando - per l'appunto - l'istituto del *payback*, il quale peraltro non può escludere da sé l'inderogabile primazia dei fondamentali principi che governano l'azione amministrativa. Al riguardo la ricorrente evidenzia che l'istituto del *payback* è stato introdotto quale limite dell'azione amministrativa e che il coinvolgimento del fornitore costituisce il solo ribaltamento degli oneri finanziari, limitandosi in fatti il suo comma 9 ter ad affermare che “*con decreto del Ministero della salute da adottarsi d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano entro trenta giorni dalla data di pubblicazione del decreto ministeriale di cui al primo periodo, sono adottate le linee guida propedeutiche alla emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali*”.

Come dianzi evidenziato, le susseguenti Linee Guida hanno dettato le modalità

procedurali dell'istituto, senza peraltro introdurre una deroga alla normativa sulla caducazione del contratto: previsione - quest'ultima - che, comunque, la medesima disciplina istitutiva del *payback* comunque non avrebbe potuto introdurre, stante la valenza giuridica attribuita alle Linee guida nella gerarchia delle fonti normative ed il potere abrogativo/derogatorio riconosciuto esclusivamente al legislatore primario. Conseguentemente, l'intervento dell'Amministrazione, non avendo emesso nessun provvedimento in autotutela propedeutico, deve ritenersi in contrasto con la predetta disciplina di principio sull'azione amministrativa.

La ricorrente afferma che, avendo essa emesso negli anni considerati fatture relative ad anni precedenti, si deve concludere che le stesse non andavano calcolate nel fatturato dell'anno interessato e che, anzi, essendo stata emessa nell'anno 2015 una fattura relativa a prestazione dell'anno 2014 la stessa dovrebbe quindi essere esclusa con riferimento al fatturato calcolato nell'anno 2015. In tal senso la ricorrente afferma che il mancato accesso ha impedito di effettuare la verifica del competente fatturato e che il provvedimento impugnato non presenta la specifica delle fatture prese a riferimento per il calcolo del fatturato medesimo. In particolare la ricorrente rileva che la fattura n.56 del 09 gennaio 2015 per €578,16 pur essendo stata emessa nel 2015 riguardava una fornitura del 2014 (Ordine 6573 del 17 dicembre 2014 CIG 48438149C1) e che quindi la stessa non doveva essere calcolata nel fatturato anno 2015 (cfr. doc. n. 12 di parte ricorrente). Allo stesso modo la fattura n. 200007 del 7 gennaio 2016 per € 134,72 pur essendo stata emessa nel 2016 riguardava una fornitura del 2015 (Ordine del 24 dicembre 2015 CIG 48438149C1) e, quindi, non doveva essere calcolata nel fatturato anno 2016 (cfr. *ibidem*, doc. n. 13); e, parimenti, la fattura n. 200007 del 2 gennaio 2017 per € 197,55 pur essendo stata emessa nel 2017 riguardava una fornitura del 2016 (Ordine 6352 del 28 dicembre 2016 – CIG 48438149C1) e quindi non doveva essere calcolata nel fatturato anno 2017 (cfr. *ibidem*, doc. n. 14); la fattura n. 200019 del 4 gennaio 2018 per € 28,59 pur essendo stata emessa nel 2018

riguardava una fornitura del 2017 (Ordine 7263 del 20 dicembre 2017 – CIG 48438149C1) e, quindi, anch'essa non avrebbe dovuto essere calcolata nel fatturato anno 2018 (cfr. *ibidem*, doc. n. 15).

2.4. Da ultimo, la ricorrente deduce eccesso di potere, difetto motivazione e travisamento dei fatti, rilevando *che le predette Linee guida, approvate con 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 per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018" dispongono all'art. 3 "Attività attribuite agli enti dei Servizi sanitari regionali e delle province autonome" quanto segue: "1. 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 «BA0210». 2. 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 «BA0210 - Dispositivi medici» del modello CE consuntivo dell'anno di riferimento 3. Entro e non oltre sessanta giorni dalla data di pubblicazione del decreto ministeriale 6 luglio 2022, i direttori generali, i commissari straordinari aziendali ovvero i commissari liquidatori, ove operanti, degli enti di cui al comma 1, con propria deliberazione, qualora gli enti non vi abbiano ancora provveduto, effettuano la validazione e certificazione del fatturato relativo all'anno di riferimento per singola azienda fornitrice di dispositivi medici, calcolato secondo le disposizioni di cui ai commi 1 e 2; la deliberazione è quindi trasmessa contestualmente alla regione o alla provincia autonoma di appartenenza".*

A sua volta il susseguente art. 4 "Attività attribuite alle regioni ed alle province

autonome” dispone che: “1. A seguito di quanto previsto nell’art. 3, le regioni e le province autonome interessate verificano la coerenza del fatturato complessivo indicato nelle deliberazioni aziendali di cui all’art. 3, comma 3, con quanto contabilizzato nella voce «BA0210 - Dispositivi medici» del modello CE consolidato regionale (999) dell’anno di riferimento”.

La ricorrente reputa al riguardo che, con ogni evidenza, il provvedimento, per indicazione del Dicastero dovrebbe comunque consentire al fornitore: a) di conoscere le fatture coinvolte nella determinazione del calcolo, b) di conoscere i costi presi a riferimento, c) di controllare il procedimento di verifica: e ciò anche in considerazione del fatto che il *payback* deve riguardare solo ed esclusivamente il costo del bene, e non quello degli altri costi.

A tale riguardo, e con riferimento al contratto che la ricorrente allega sub n. 11 e alle conseguenti fatture allegate sub nn. 12, 13, 14 e 15, la ricorrente medesima precisa che la composizione dell’offerta da essa nella specie presentata era la seguente:

- costi industriali ali: 89,50%
- costi generali: 4,06%
- costi della manodopera 5,20%
- costi per le spese per la salute e la sicurezza dei lavoratori per il rischio specifico, valutati dal datore di lavoro (impresa partecipante) ex art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016: 0,03%
- costi per la formazione del personale: 0,01%
- utili di impresa: 1,20%
- oneri della sicurezza in relazione ai rischi interferenziali valutati dalla stazione appaltante e non soggetti a ribasso: 0,0 %

Se così è, ad avviso della ricorrente soltanto la voce “*costi industriali*” avrebbe essere considerata nel computo dell’ammontare del *payback*. La ricorrente inoltre rimarca di aver emesso negli anni considerati fatture relative ad annualità da

escludere per l'anno 2015 e da non considerare negli anni di riferimento 2015, 2016, 2017 e 2018 e che, peraltro, tale indicazione neppure è presente negli allegati alla deliberazione n. 499 del 2019 adottata dal Direttore Generale dell'Azienda provinciale per i servizi sanitari – APSS (cfr. *ibidem*, doc. 16).

La ricorrente afferma pertanto che il provvedimento dell'Amministrazione provinciale qui impugnato in principalità non consente di comprenderne le forniture coinvolte e le voci di determinazione del calcolo prese a riferimento, e che quindi ne deriva che lo stesso deve ritenersi viziato per difetto di motivazione. In tal senso la ricorrente evidenzia che sia nel suo dispositivo, sia nelle sue premesse motivazionali si legge testualmente: *“di prendere atto che le modalità utilizzate per la determinazione del presente ripiano rispondono alle disposizioni di cui all'articolo 2, comma 2 del decreto del Ministero della Salute del 6 ottobre 2022, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 26 ottobre 2022 n. 251, risultando, per ciascun fornitore, pari all'incidenza percentuale del rispettivo fatturato sul totale della spesa per l'acquisto di dispositivi medici a carico del servizio sanitario provinciale per gli esercizi 2015, 2016, 2017 e 2018.”*; né l'allegato al provvedimento medesimo reca argomenti in merito alle fatture e alle voci prese in considerazione. E, peraltro, l'eccesso di potere non risulterebbe sanato dalla validazione e dalla certificazione effettuata, non essendo reperibile sul sito istituzionale della stessa Amministrazione provinciale, per cui dalla mancanza specifica sulle operazioni di validazione e certificazione deriverebbe - per l'appunto - la sussistenza nella specie di tale vizio di legittimità.

3. Non si è costituita in giudizio la Provincia Autonoma di Trento.

4.1. In data 27 giugno 2023 la ricorrente ha formulato un'istanza cautelare a' sensi dell'art. 55 c.p.a., preceduta da un'istanza di emissione di misure cautelari monocratiche a, sensi dell'art. 56 c.p.a.

La ricorrente ha in tal senso evidenziato che per effetto dell'art. 1 del d.l. 11 gennaio 2023, n. 4 (*“Disposizioni urgenti in materia di procedure di ripiano per il superamento del tetto di spesa per i dispositivi medici”*) che ha modificato il

comma 9-bis dell'articolo 9-ter del d.l. 19 giugno 2015, n. 78 e ss.mm.ii. la fissazione del termine di trenta giorni per l'adempimento decorrente dalla pubblicazione dei provvedimenti regionali e provinciali è stata sostituita dalla seguente disposizione: *“le aziende fornitrici assolvono ai propri adempimenti in ordine ai versamenti in favore delle singole regioni e province autonome entro il 30 aprile 2023”*.

Con il d.l. 30 marzo 2023, n. 34 (c.d. *“Decreto Energia”*) è stata quindi disposta una ulteriore proroga al 30 giugno 2023 secondo quanto ivi disposto dall'art. 8, comma 3: *“Le aziende fornitrici di dispositivi medici, che non hanno attivato contenzioso o che rinunciano al contenzioso eventualmente attivato, versano a ciascuna regione e provincia autonoma, entro il 30 giugno 2023, la restante quota rispetto a quella determinata dai provvedimenti regionali e provinciali di cui all'articolo 9-ter, comma 9-bis, quarto periodo, del decreto-legge 19 giugno 2015, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, nella misura pari al 48 per cento dell'importo indicato nei predetti provvedimenti regionali e provinciali. Per le aziende fornitrici di dispositivi medici che non rinunciano al contenzioso attivato, resta fermo l'obbligo del versamento della quota integrale a loro carico, come determinata dai richiamati provvedimenti regionali o provinciali. In caso di inadempimento da parte delle aziende fornitrici di dispositivi medici a quanto disposto dal primo periodo e dal secondo periodo del presente comma, restano ferme le disposizioni di cui al quinto e sesto periodo del medesimo articolo 9-ter, comma 9-bis”*.

In data 29 maggio 2023 è stata pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* la l. 26 maggio 2023, n. 56 recante la conversione del d.l. n. 34 del 2023 che ne ha modificato soltanto alcuni elementi residuali degli artt. 8 e 9, con riferimento in particolare alla definizione dell'importo dell'IVA, disponendo che lo stesso deve essere scorporato in base alle aliquote specifiche oggetto delle fatture. *“Tutto ciò premesso, stante la ritenuta fondatezza delle proprie ragioni, per la ricorrente, al fine di evitare i*

pregiudizi gravi e riparabili che deriverebbero da un esborso tanto esoso, richiesto con un unico e contestuale pagamento, si rende, dunque imprescindibile la presentazione della presente istanza per l'adozione di idonee misure cautelari".

La ricorrente afferma che solo al momento dell'emanazione dell'anzidetta legge di conversione, ossia allorquando è stato fissato al 30 giugno del 2023 il nuovo termine di scadenza del *payback*, è sorto il proprio interesse concreto e attuale alla sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato.

Essa rappresenta il pregiudizio grave e irreparabile che subirebbe nelle more della definizione del presente giudizio per effetto dell'esecuzione del qui impugnato provvedimento di ripiano *"anche in considerazione dalle richieste provenienti da altre amministrazioni regionali, oggetto di separati ricorsi amministrativi, che complessivamente portano, allo stato e salvo altro, a € 744.651,97 la quota di payback di cui è richiesto il rimborso (cfr. doc. n. 04-09). Quindi, Gerho s.p.a. subirebbe comunque un gravissimo pregiudizio economico qualora dovesse effettivamente rimborsare la quota di payback ad essa richiesta o la stessa dovesse essere compensata a norma del d.l. n. 78/2015. Come si evince dalla perizia giurata che si allega la società istante è contemporaneamente esposta a diverse richieste di rimborso, formulate dalle autorità pubbliche e sanitarie, tali da incidere gravemente sulla situazione patrimoniale dell'impresa, fino a comportare la chiusura dei propri bilanci in perdita, con conseguente aumento dei tassi di interesse sugli affidamenti già concessi dalle banche. La situazione economico - finanziaria della società potrebbe costringere la stessa a rinunciare, anche parzialmente, alle richieste di forniture provenienti da strutture pubbliche, con conseguente contrazione dei ricavi e aggravamento delle criticità. Da tale situazione deriverà una notevole situazione di difficoltà, che potrebbe sfociare in una vera e propria crisi di impresa, con inevitabili ripercussioni anche sui livelli occupazionali. La succitata proroga concessa dal Governo, molto breve, non è stata sufficiente a consentire alla deducente di dotarsi dei fondi necessari. Negli anni dal 2015 al 2018 Gerho s.p.a. non ha potuto certo appostare nessun fondo*

rischi o riserva in assenza di attuazione della norma di cui al d.l. 78/2015, che ha ingenerato il legittimo affidamento circa la certezza dei rapporti negoziali intercorsi con la Pubblica Amministrazione. Peraltro, neanche vi avrebbe potuto, per carenza di determinazione dell'indice di sfioramento del tetto definito soltanto nel 2019 in spregio al dettato legislativo che prevedeva la determinazione del medesimo nel mese di settembre di ciascun anno. In altre parole, le richieste delle amministrazioni provinciali e regionali determinano in capo a Gerho s.p.s. una rettifica retroattiva della redditività aziendale, con oneri di entità tale non soltanto da annullare gli utili netti realizzati nel quadriennio ma da compromettere la stabilità della società sul mercato. Ghero s.p.a. vede così messo a rischio il suo equilibrio economico-finanziario per l'anno corrente, dal momento che le somme richieste per le annualità dal 2015 al 2018 gravano tutte sulla cassa e sul bilancio 2023 senza aver potuto accantonare riserve di rischio nei bilanci precedenti e il pagamento è richiesto senza alcuna possibilità di differimento, né di dilazione. Ciò incide evidentemente anche sulla continuità aziendale, visto che la società si trova - praticamente - da un giorno all'altro a dover subire un prelievo forzoso, fino a oggi non prevedibile e nemmeno ipotizzabile nel suo concreto ammontare, con il rischio di non poter far fronte ai debiti assunti. Ma v'è di più. Non è difficile cogliere le importanti implicazioni di un simile esborso, che si aggiungerebbe alla significativa diminuzione del fatturato generato nello scorso anno (2022), medesimo trend nell'anno in corso, rispetto alle annualità 2020- 2021 interessate da maggiori forniture dettate dall'emergenza pandemica. Evidenti sono, altresì, le ripercussioni sulla capacità economica e sugli investimenti programmati della società ricorrente, la quale non potrebbe più contare sui propri utili percepiti sui bilanci relativi agli anni 2015-2018, sui quali peraltro la stessa ha puntualmente versato i tributi dovuti. Le quote di ripiano, sebbene così ingenti, sono state richieste con un orizzonte temporale brevissimo, senza alcuna possibilità di differimento, né di dilazione. È certo, poi, che dette richieste di pagamento

immediato comprometteranno ogni previsione di bilancio fin qui prudentemente operata, imponendo repentini e gravi tagli che potranno anche pregiudicare la capacità della società di operare in un mercato assai competitivo quale quello dei dispositivi medici. La mancata adozione di un piano di pagamento dilazionato incide sensibilmente sul bilancio della ricorrente, sottraendo in un'unica soluzione risorse altrimenti destinate a soddisfare i vari soggetti che intrattengono rapporti con la deducente (dipendenti, fornitori, creditori). È evidente, infatti, che tale coatta distrazione di risorse non può che andare a discapito della liquidità necessaria per pagare gli stipendi, i fornitori della società e gli adempimenti fiscali ordinari, creando un grave ed improvviso stress all'ordinaria gestione dell'impresa e imponendo dolorosi tagli in un settore così rilevante per la salute pubblica e la competitività del Paese. Gerho s.p.a., pur fermamente convinta dell'ingiustizia e illegittimità della disciplina del c.d. payback, non ha comunque risorse liquide per corrispondere la quota di riparto richiestale entro il 30 giugno p.v. correndo così il rischio concreto di subire, già dal 1° luglio 2023, la compensazione prevista dal d.l. n. 78/2015 e già contestata nei ricorsi presentati, con conseguenti gravissime ripercussioni finanziarie tali da comprometterne la continuità aziendale. Ciò anche considerato che soltanto con la recente conversione in legge del d.l. n. 34/2023, la ricorrente ha potuto avere esatta e piena contezza del modificato regime payback dispositivi medici sia relativamente alle condizioni di adesione alla transazione e dello scomputo dell'i.v.a., sia del termine ultimo per il pagamento di quanto richiesto da parte delle singole Regioni e, pertanto, fin d'ora si concretizza l'estrema gravità e urgenza di cui all'art. 56 c.p.a., stante l'ormai prossima scadenza del 30 giugno. Infine, non può neppure trascurarsi che, all'esito di procedure di cui è risultata aggiudicataria, Gerho s.p.a. ha stipulato vari contratti con strutture sanitarie pubbliche, impegnandosi a fornire dispositivi medici e strumentazione diagnostica. Qualora la ricorrente dovesse essere costretta al pagamento delle somme richieste o dovesse subire la compensazione delle partite contabili aperte, potrebbe trovarsi nella situazione di non riuscire ad onorare gli

obblighi contrattualmente assunti. Ciò comporterebbe non poche ripercussioni. Nell'ipotesi, l'interruzione e la mancata erogazione delle prestazioni contrattuali, infatti, potrebbe configurare una grave inadempienza contrattuale con possibili risvolti negativi anche per le partecipazioni a futuri bandi di gara. L'art. 80, comma 5, lett. c-ter), del d.lgs. n. 50/2016, applicabile ratione temporis alle procedure già indette, prevede una espressa causa di esclusione dalla partecipazione alle gare nei casi in cui <l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ...>”;

4.2. Con decreto presidenziale n. 55 dd. 28 giugno 2023 la sopradescritta istanza cautelare è stata interinalmente accolta a' sensi dell'art. 56 c.p.a. rilevando - tra l'altro - quanto segue: *“Ritenuto che al sopradescritto e ben evidente pregiudizio, suscettivo di conseguenze irreparabili e gravi per la continuità della ricorrente Società, è consequenzialmente correlato un ulteriore e parimenti grave pregiudizio per lo stesso pubblico interesse alla continuità delle forniture di dispositivi medici alle strutture del Servizio Sanitario Nazionale: pregiudizio, quest'ultimo, che è a sua volta indissolubilmente connesso alla tutela del fondamentale diritto alla salute di cui all'art.32 Cost.; Ritenuto, inoltre, che a tale considerazione in ordine all'attualità dei sopradescritti pregiudizi non osta, allo stato degli atti, la pur notoria circostanza che <la Provincia autonoma di Trento ha deciso di sospendere fino ad aprile 2024 l'esecutività dei rimborsi chiesti alle aziende che forniscono i dispositivi medici al servizio pubblico provinciale, in base alla normativa statale che impone agli operatori economici di restituire una quota della spesa in eccesso effettuata dalle Regioni> (cfr. il comunicato dell'Ufficio stampa della Provincia Autonoma di Trento n. 851 di lunedì, 27 Marzo 2023, ore 16:09, in <https://www.ufficiostampa.provincia.tn.it>), trattandosi di mero elemento fattuale, ancorchè di indubbio rilievo, ma presentemente non supportato nel presente*

procedimento giudiziale dall'allegazione del provvedimento che materialmente ha disposto tale sospensione; senza comunque sottacere, poi, che la sospensione medesima risale ad epoca antecedente all'entrata in vigore dell'anzidetto e surriportato art. 8 comma 3, d.l. . n. 30 marzo 2023, n. 34 come convertito dalla l. 26 maggio 2023, n. 56, ossia del presupposto normativo che ha sostanziato il sopradescritto pregiudizio lamentato dalla ricorrente, per cui va in ogni caso acclarato se e come tale ius superveniens dispieghi - o meno - propri effetti anche sul provvedimento amministrativo di sospensione del procedimento di riscossione del payback antecedentemente adottato dall'Amministrazione provinciale; Ritenuto, pertanto, per tutto quanto sopra, di accogliere la domanda cautelare presentata dalla ricorrente nella presente sede monocratica di giudizio e di conseguentemente sospendere in via interinale l'efficacia del provvedimento impugnato sino all'esito della camera di consiglio in cui l'incidente cautelare sarà deciso a' sensi dell'art. 55 c.p.a.; Rilevato che l'atto introduttivo del presente giudizio cautelare è stato notificato all'Amministrazione intimata in data 27 giugno 2023 e depositato in pari data agli atti di causa, e che pertanto, ai fini dell'osservanza dei termini a difesa delle parti contemplati dall'art. 55, comma 5, c.p.a., la trattazione dell'incidente cautelare in sede collegiale non può che essere fissata alla camera di consiglio del 27 luglio 2023, ora di rito; Ritenuto, altresì, nelle more di chiedere al Dirigente Generale del Dipartimento Salute e Politiche Sociali della Provincia Autonoma di Trento di depositare entro la data del 13 luglio 2023, ore 12.00, presso la Segreteria di questo Tribunale copia del predetto provvedimento provinciale di proroga del payback a suo tempo adottato, nonché una relazione in ordine agli effetti che l'anzidetto art. 8 comma 3, d.l. .30 marzo 2023, n. 34 come convertito dalla l. 26 maggio 2023, n. 56 eventualmente dispiega su tale provvedimento”.

4.3. In adempimento a quanto disposto dal surriportato decreto presidenziale la Provincia Autonoma di Trento ha depositato agli atti di causa in data 12 luglio 2023 copia digitale della determinazione n. 3257 dd. 30 marzo 2023 con la quale il

Dirigente Generale del Dipartimento Salute e Politiche Sociali della medesima Amministrazione provinciale ha disposto “1. di sospendere, ai sensi dell’art. 21 quater della legge n. 241 del 7 agosto 1990 e per le motivazioni evidenziate in premessa, l’efficacia della precedente determinazione del Dirigente Generale del Dipartimento salute e politiche sociali n. 13812 del 14 dicembre 2022 a decorrere dal 1° maggio 2023 al 30 aprile 2024; 2. di dare atto che il presente provvedimento è trasmesso all’Azienda provinciale per i servizi sanitari di Trento per gli adempimenti da esso derivanti e per la pubblicazione sul sito al link <https://trasparenza.apss.tn.it/Amministrazione-Trasparente/Bandi-di-gara-e-contratti/Fatturazione-elettronica-documenti> ; 3. di dare atto che il presente provvedimento è trasmesso a mezzo pec alle aziende fornitrici di dispositivi medici rientranti nella procedura del ripiano del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici della Provincia autonoma di Trento per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018” (ossia anche all’attuale ricorrente, la quale - per contro - non ne ha fatto cenno nella formulazione della predetta sua istanza cautelare).

Tale deposito è stato corredato dalla parimenti richiesta Relazione, a firma del medesimo Dirigente Generale, nella quale - per quanto qui segnatamente interessa - si legge che “preso atto delle molteplici contestazioni avanzate da parte delle aziende fornitrici di dispositivi medici rispetto ai decreti ministeriali soprarichiamati che hanno disposto l’attivazione della predetta procedura di ripiano, che si sono realizzate tramite la promozione di numerosissimi ricorsi al T.A.R. del Lazio e di ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica che, impugnando la normativa statale, ne contestano i profili di legittimità e costituzionalità, e considerato che risultano altresì parimenti presentati al T.R.G.A. di Trento alcuni ricorsi diretti all’annullamento della determinazione del Dirigente Generale del Dipartimento salute e politiche sociali n. 13812 del 14 dicembre 2022, in data 30 marzo 2023 è stata adottata la determinazione del Dirigente Generale del Dipartimento salute e politiche sociali n. 3257 inerente a “Ripiano

del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici della Provincia autonoma di Trento per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 - Sospensione efficacia della determinazione del Dirigente Generale del Dipartimento salute e politiche sociali n. 13812 del 14 dicembre 2022". Si precisa, infatti, che, ai sensi dell'articolo 21 quater della L. 241/1990, con tale ultima determinazione è stata sospesa l'efficacia della precedente determinazione n. 13812 del 2022 fino al 30 aprile 2024, termine entro cui si auspicava che il T.A.R. del Lazio si pronunciasse sui numerosissimi ricorsi presentati, oltre che in attesa di eventuali decisioni governative sulla questione in argomento. Lo stesso 30 marzo 2023, in effetti, lo Stato ha emanato ulteriori disposizioni in merito al pagamento in misura ridotta degli importi di ripiano del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici ... in particolare, al comma 3 dell'art. 8 del Decreto Legge n. 34 del 30 marzo 2023, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 56 del 26 maggio 2023 ... In seguito alle richieste di numerosi fornitori di dispositivi medici in merito alla facoltà di tale pagamento in misura ridotta, è stato pubblicato e inviato ai fornitori di dispositivi medici coinvolti nella procedura di ripiano l'avviso prot. n. 471522 del 16 giugno 2023, che fornisce in modo puntuale tutte le indicazioni inerenti alla facoltà accordata alle aziende fornitrici di procedere al più volte citato pagamento in misura ridotta. Da ultimo, il Decreto Legge n. 51 del 10 maggio 2023 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 87 del 3 luglio 2023, al comma 2 dell'articolo 3 bis ha prorogato al 31 luglio p.v. il termine entro cui le aziende fornitrici di dispositivi medici possono avvalersi del pagamento in misura ridotta nella misura pari al 48 per cento. Tale nuova scadenza è stata resa nota tramite l'avviso prot. n. 535820 dell'11 luglio 2023. Pur in presenza di una normativa statale dinamica, la Provincia autonoma di Trento si è adeguata alle novità consentendo alle aziende di avvalersi della facoltà di effettuare i pagamenti in misura ridotta, in quanto richiesti dagli stessi fornitori, ma ha altresì ritenuto di mantenere in vigore la sospensione prevista dalla determinazione del Dirigente Generale del Dipartimento salute e politiche sociali n. 3257 del 30 marzo 2023, in quanto è

significativo conoscere il contenuto delle pronunce del T.A.R. del Lazio sui numerosissimi ricorsi pendenti, e di conseguenza di mantenere in sospeso anche le procedure di compensazione previste dal comma 9 bis dell'articolo 9 ter del decreto legge n. 78 del 19 giugno 2015, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 125 del 6 agosto 2015".

4.4. Con memoria depositata il 18 luglio 2023 la ricorrente ha insistito per l'accoglimento della propria istanza cautelare anche nella presente e consequenziale sede collegiale di cui all'art. 55 c.p.a. *"in attesa delle pronunce del T.A.R. del Lazio, nonché delle pronunce del T.R.G.A. di Trento e/o comunque in attesa di eventuali decisioni governative sulla questione in argomento, così come disposto dalla stessa determinazione n. 3257 del 30.03.2023. Per quanto riguarda il merito della cautela richiesta, si allegano i provvedimenti di sospensione già emessi dal T.A.R del Lazio e del T.A.R. del Friuli Venezia Giulia (v. doc. all.: 01) ordinanza T.A.R. Lazio n. 3374/2023; 02)ordinanza T.A.R. Lazio n. 3375/2023; 03) ordinanza T.A.R. Lazio n. 3377/2023; 04) ordinanza T.A.R. Lazio n. 3378/2023; 05) ordinanza T.A.R. Lazio n. 3379/2023; 06) ordinanza T.A.R.Lazio n. 3380/2023; 07) ordinanza T.A.R. Lazio n. 3381/2023; 08) ordinanza T.A.R. Lazio n. 3446/2023; 09) ordinanza T.A.R. Friuli Venezia Giulia n. 55/2023; 10) ordinanza T.A.R. Lazio n. 3530/2023)".*

4.5. Alla camera di consiglio del 27 luglio 2023 l'istanza cautelare sopradescritta è stata trattenuta per la decisione, previa avvertenza data alla parte ricorrente della possibile dichiarazione, a' sensi dell'attuale testo dell'art. 15 c.p.a., dell'incompetenza territoriale di questo Tribunale con contestuale indicazione del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, quale giudice competente.

5.1.1. Tutto ciò doverosamente premesso, il Collegio innanzitutto denota che la parte ricorrente - in buona sostanza - essendo ben consapevole che per effetto della predetta determinazione n. 3257 dd. 30 marzo 2023 il Dirigente Generale del Dipartimento Salute e Politiche Sociali della Provincia Autonoma di Trento ha

sospeso sino alla data del 30 aprile 2024 a' sensi dell'art. 21 quater della l. 7 agosto 1990, n. 241 l'efficacia del provvedimento di *payback* qui impugnato in principalit  (ossia in parte *qua* la determinazione 2022-D337-00238 prot. 13812 dd. 14 dicembre 2022 adottata dal medesimo Dirigente e 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*") e che pertanto, sotto tale particolare profilo, non pu  per certo allegare la sussistenza dell'attualit  di un suo pregiudizio grave ed irreparabile, chiede ora a questo giudice di emettere una pronuncia cautelare che di fatto sospenda nei suoi confronti l'efficacia del nuovo istituto integrativo dell'originaria disciplina del *payback* da ultimo introdotto dall'art. 8, comma 3, del d.l. 30 marzo 2023, n. 34 convertito con modificazioni dalla l. 26 maggio 2023, n. 56.

Alla data in cui la presente causa   trattenuta per la decisione sull'istanza cautelare il testo di tale comma cos  dispone: "*Le aziende fornitrici di dispositivi medici, che non hanno attivato contenzioso o che intendono abbandonare i ricorsi esperiti avverso i provvedimenti regionali e provinciali di cui all'articolo 9 -ter , comma 9 -bis , del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, e contro i relativi atti e provvedimenti presupposti, versano a ciascuna regione e provincia autonoma, entro il 31 luglio 2023, la restante quota rispetto a quella determinata dai provvedimenti regionali e provinciali di cui all'articolo 9-ter, comma 9-bis, del citato decreto-legge n. 78 del 2015 nella misura pari al 48 per cento dell'importo indicato nei predetti provvedimenti regionali e provinciali. Per le aziende fornitrici di dispositivi medici che non si avvalgono della facolt  di cui al primo periodo, resta fermo l'obbligo*

del versamento della quota integrale a loro carico, come determinata dai richiamati provvedimenti regionali o provinciali. L'integrale e tempestivo versamento dell'importo pari alla quota ridotta di cui al primo periodo estingue l'obbligazione gravante sulle aziende fornitrici per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, precludendo loro ogni ulteriore azione giurisdizionale connessa con l'obbligo di corresponsione degli importi relativi agli anni predetti. Le regioni e le province autonome accertano il tempestivo versamento dell'importo pari alla quota ridotta di cui al primo periodo con provvedimenti pubblicati nei rispettivi bollettini e siti internet istituzionali e comunicati senza indugio alla segreteria del tribunale amministrativo regionale del Lazio, determinando la cessazione della materia del contendere nei giudizi di cui al primo periodo, con compensazione delle spese di lite. In caso di inadempimento da parte delle aziende fornitrici di dispositivi medici a quanto disposto dal primo periodo e dal secondo periodo del presente comma, restano ferme le disposizioni di cui al quinto e sesto periodo del medesimo articolo 9-ter, comma 9-bis".

La parte ricorrente deduce in tal senso che le proprie condizioni di bilancio non le consentirebbero di aderire anche alla sopradescritta ipotesi di riduzione al 48% dell'importo ad essa *ab origine* richiesto: e ciò, per l'appunto, sostanzierebbe il danno grave ed irreparabile da essa dedotto.

5.1.2. Orbene, anche a prescindere dalla circostanza che nella medesima giornata odierna i mezzi di informazione hanno annunciato l'imminente promulgazione da parte del Governo di un ulteriore decreto-legge che differirebbe la predetta scadenza del 31 luglio 2023 alla data del 30 ottobre 2023, va rilevato che l'ulteriore e nuova contestazione dell'istituto del *payback* da ultimo formulata dalla medesima parte ricorrente con specifico riguardo alla sopradescritta (e sopravvenuta) modalità di pagamento in misura ridotta di quanto già in origine ad essa imposto, investe in via diretta, senza la mediata impugnazione di qualsivoglia atto amministrativo di esecuzione, lo stesso contenuto della nuova disciplina legislativa di fonte statuale

che - per l'appunto - norma esaustivamente il procedimento con cui si - *“estingue l'obbligazione gravante sulle aziende fornitrici per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, precludendo loro ogni ulteriore azione giurisdizionale connessa con l'obbligo di corresponsione degli importi relativi agli anni predetti”* (cfr. art.8, comma 3, cit.).

Sotto questo aspetto va dunque rilevato che alcun atto della Provincia Autonoma di Trento emanato in esecuzione di tale nuova disciplina di legge è stato sin qui impugnato dalla parte ricorrente, la quale infatti si è astenuta dal chiedere mediante la proposizione di motivi aggiunti di ricorso, a' sensi dell'art. 43 c.p.a., l'annullamento degli avvisi della stessa Provincia Prot. n. 471522 del 16 giugno 2023 e Prot. n. 535820 dell'11 luglio 2023 che —come evidenziato dalla Provincia medesima in esito alla richiesta istruttoria contenuta nel decreto monocratico presidenziale emesso da questo Tribunale - fornivano e a tutt'oggi forniscono in modo puntuale tutte le indicazioni inerenti alla facoltà accordata alle imprese fornitrici di procedere al predetto pagamento in misura ridotta.

5.1.3. Questo giudice incidentalmente rileva che la determinazione dirigenziale n. 3257 dd. 30 marzo 2023 con cui la Provincia Autonoma di Trento ha sospeso l'applicazione del *payback* di propria competenza fino alla data del 30 aprile 2024, ma non l'applicazione della disciplina del suo possibile pagamento in misura ridotta, trova il proprio fondamento nella competenza di tipo concorrente da esercitarsi *“nei liti dei principi stabiliti dalla legge dello Stato”* e ad essa attribuita in materia di *“igiene e sanità, ivi compresa l'assistenza sanitaria e ospedaliera”* dagli artt. 9, n. 10 e 16 dello Statuto speciale della Regione Autonoma Trentino Alto Adige/Südtirol approvato con d:P.R. 31 agosto 1972, n. 670 e successive modifiche.

5.1.4. Ma, *rebus sic stantibus*, sussiste - semmai - a questo punto l'obbligo per questo giudice di acclarare, a' sensi dell'art. 13 e ss. c.p.a. se sin dall'origine il presente ricorso dovesse essere proposto non già innanzi a questo Tribunale, bensì innanzi al T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma.

Infatti, a' sensi dell'art. 15, commi 1 e 2, c.p.a.. *“il difetto di competenza è rilevato d'ufficio finché la causa non è decisa in primo grado”* e *“in ogni caso il giudice decide sulla competenza prima di provvedere sulla domanda cautelare e, se non riconosce la propria competenza ai sensi degli articoli 13 e 14, non decide sulla stessa”*.

A' sensi dell'art. 13 c.p.a. *“sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni è inderogabilmente competente il tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione territoriale esse hanno sede”*, con l'ulteriore precisazione che *“il tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede”*.

Invero, tali disposizioni, se considerate per se stanti, condurrebbero alla conclusione che nella specie sussisterebbe la competenza territoriale di questo Tribunale avuto riguardo sia alla sede dell'Amministrazione che ha adottato la qui impugnata determinazione dirigenziale 2022-D337-00238 prot. 13812 dd. 14 dicembre 2022 con la quale è stato materialmente imposto nei riguardi dell'attuale ricorrente il pagamento del *payback*, sia al limite territoriale di efficacia di tale provvedimento, qui impugnato in principalità dalla ricorrente medesima.

Tuttavia risulta altrettanto evidente che tale determinazione dell'Amministrazione provinciale si configura, a sua volta, quale provvedimento di necessitata attuazione della disciplina *pro tempore* contenuta nell'art. 9 ter, comma 9 bis, del d.l. n. 78 del 2015 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 125 del 2015 come successivamente modificato al comma 8 dall'art. 1, comma 557, della l. n. 145 del 2018: attuazione che - si badi - non è avvenuta in via diretta, ma che è stata mediata da atti presupposti, puntualmente citati nelle premesse della stessa determinazione adottata dall'Amministrazione provinciale e che si identificano nel decreto del Ministero

della Salute emanato 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 nella *Gazzetta Ufficiale* n. 216 del 15 settembre 2022 che certifica il superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e a livello delle singole Regioni e Province autonome per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, nonché nel decreto del Ministro della Salute del 6 ottobre 2022 a sua volta 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* n. 251 del 26 ottobre 2022.

Tali atti ministeriali, che assolutamente vincolano il contenuto della predetta determinazione dirigenziale adottata dalla Provincia Autonoma di Trento, assodatamente non limitano la propria efficacia al territorio di quest'ultima, ma sono stati adottati da Amministrazioni centrali dello Stato aventi sede a Roma e dispiegano altrettanto assodatamente i propri effetti sull'intero territorio nazionale.

Pertanto, il ben evidente rapporto di presupposizione che sussiste tra tali due decreti ministeriali e l'anzidetta e del tutto conseguente determinazione adottata dalla Provincia Autonoma di Trento fa sì che, a' sensi dell'art. 13, comma 3, c.p.a., il giudice territorialmente competente a definire la presente causa debba essere individuato nel T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma: conclusione, questa, che risulta confermata anche dal comma 4 bis dello stesso art. 13 c.p.a. aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. a), del d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160, in forza del quale se - invero - *“la competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento”*, ciò non vale se *“si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza”*.

Nel caso di specie risulta con ogni evidenza la natura di *“atti generali”* che connota i due predetti decreti ministeriali emanati da Amministrazioni centrali dello Stato,

per i quali pertanto l' *“ordinario criterio di attribuzione della competenza”* non può che identificarsi nella disciplina contenuta nel predetto art. 13, comma 3, c.p.a., ossia nella competenza territoriale del T.A.R. per il Lazio che attrae a quest'ultimo giudice anche la competenza a decidere sull'atto ad essi conseguente.

5.1.3. Il Collegio peraltro non sottace che anche nel caso di specie le formule di stile con la quale le parti ricorrenti solgono chiedere nelle epigrafe degli atti introduttivi del giudizio anche l'annullamento - come per l'appunto nel presente caso - *“di tutti i documenti endoprocedimentali prodromici al già menzionato provvedimento impugnato nonché di ogni altro atto precedente, conseguente e/o comunque, connesso a quello impugnato, ancorché non conosciuti e richiamati nel citato provvedimento”* non valgono per se stanti, proprio in dipendenza della loro intrinseca genericità, a comprovare che la parte ricorrente abbia concretamente individuato, nel contesto dell'atto introduttivo del giudizio, gli atti presupposti o consequenziali di cui chiede l'annullamento contestualmente all'atto da essa impugnato in principalità (cfr. sul punto, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 6 settembre 2021, n. 6278; T.A.R. Marche, 10 febbraio 2020, n. 113 e da ultimo anche T.A.R. Umbria, 31 gennaio 2022, n. 46).

Nel presente caso i due anzidetti decreti ministeriali risultano tuttavia puntualmente citati nel corpo dell'atto introduttivo del giudizio e la loro natura di atti presupposti rispetto alla determinazione dirigenziale impugnata in principalità risulta del tutto evidente dalla lettura della puntuale narrativa dei fatti di causa contenuta nel ricorso; e risulta altrettanto evidente che il complesso delle censure dedotte avverso la medesima determinazione dirigenziale è logicamente riferibile anche agli stessi, anzidetti decreti ministeriali, risultando pertanto le censure medesime, nel caso di loro accoglimento, di parimenti comportarne l'annullamento.

Tale conclusione trova del resto un solido fondamento nella consolidata giurisprudenza secondo cui le modalità di redazione del ricorso giurisdizionale non possono costituire un limite alla tutela giurisdizionale allorquando esse siano tali da

consentire comunque al giudice, sia pur attraverso una operazione più o meno complessa d'interpretazione del testo, la precisa individuazione del bene giuridico cui l'interessato tende e che è stato ingiustamente negato dall'attività amministrativa, nonché le ragioni a fondamento della pretesa, sempreché con tale operazione ermeneutica il giudice non si sostituisca al richiedente, integrando la domanda giudiziale stessa (Cons. Stato, A.P., 19 aprile 2013, n. 7, cfr., altresì, Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2798): e ciò anche in considerazione della conseguente notazione - parimenti di principio - secondo la quale nel processo amministrativo l'interpretazione della natura dell'azione e del contenuto della domanda deve essere effettuata dal giudice secondo un criterio di apprezzamento che necessariamente tenda a salvaguardare la possibilità di accesso al giudizio ed alla sua definizione con decisione nel merito e, dunque, nel caso del giudizio amministrativo di annullamento, dia accesso alla pronuncia che possa (sussistendone i presupposti) assicurare la tutela avverso gli atti della pubblica amministrazione (così Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36).

5.1.4. Si pone peraltro a questo punto al vaglio di questo giudice l'ulteriore circostanza che l'atto introduttivo del presente giudizio non è stato notificato a cura della parte ricorrente alle Amministrazioni che hanno adottato i due predetti atti presupposti, ossia il Ministero della Salute e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, con la conseguentemente mancata costituzione nei loro confronti del contraddittorio processuale.

Incidentalmente può valere al riguardo - con gli ovvi limiti del caso - la notazione che la parte qui ricorrente ha comunque spiegato un intervento *ad adiuvandum*, a' sensi dell'art. 50 c.p.a., nel ricorso proposto dalla Medical Group S.r.l. sub R.G. 13498/2022 innanzi al T.A.R. per il Lazio e avente ad oggetto i predetti due decreti ministeriali qui presupposti; e - sempre nei limiti del caso - va anche rammentato che, nell'ipotesi in cui per effetto di tale ricorso ovvero anche di altro ricorso proposto da un soggetto diverso dall'attuale ricorrente, tali due decreti ministeriali fossero annullati, troverebbe applicazione il generale principio secondo cui il

giudicato amministrativo di annullamento comunque dispiegherebbe effetto *ultra partes* in ragione dell'inscindibilità degli effetti dell'atto reso oggetto di annullamento, stante il legame parimenti indivisibile che sussiste fra le posizioni dei suoi destinatari, in modo da rendere inconcepibile - logicamente, ancor prima che giuridicamente - che l'atto annullato possa continuare ad esistere e a dispiegare i propri effetti per quei destinatari che non lo hanno impugnato (così, ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2021, n.6405).

Ma, soprattutto, appare del tutto dirimente a questo giudice la circostanza che l'attuale testo dell'art. 8, comma 3, del d.l. 30 marzo 2023, n. 34 convertito con modificazioni dalla l. 26 maggio 2023, n. 56 dispone tra l'altro - e come si è visto innanzi - che *“l'integrale e tempestivo versamento dell'importo pari alla quota ridotta di cui al primo periodo estingue l'obbligazione gravante sulle aziende fornitrici per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, precludendo loro ogni ulteriore azione giurisdizionale connessa con l'obbligo di corresponsione degli importi relativi agli anni predetti. Le regioni e le province autonome accertano il tempestivo versamento dell'importo pari alla quota ridotta di cui al primo periodo con provvedimenti pubblicati nei rispettivi bollettini e siti internet istituzionali e comunicati senza indugio alla segreteria del tribunale amministrativo regionale del Lazio, determinando la cessazione della materia del contendere nei giudizi di cui al primo periodo, con compensazione delle spese di lite”*.

Di fatto mediante tale disciplina lo stesso legislatore ha di fatto riconosciuto, quindi, la sussistenza della competenza territoriale del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, in ordine a tutti i ricorsi proposti in materia di *payback*, ivi dunque compresi quelli che - come per il caso di specie - non sono stati notificati al Ministero della Salute e al Ministero dell'Economia e delle Finanze.

In tale senso risulta allora quanto mai significativa la circostanza che lo stesso legislatore non abbia previsto che le Regioni e le Province Autonome comunichino i provvedimenti dell'avvenuto pagamento del *payback* in misura ridotta anche agli

altri T.A.R. in cui eventualmente pendano ricorsi avverso tale istituto, evidenziando quindi in tal modo una precisa volontà affinché tutto il contenzioso insorto su tale materia sia trasferito al T.A.R. di Roma per essere ivi uniformemente definito, nell'ipotesi dell'avvenuto pagamento ridotto, con la formula standard della "*cessazione della materia del contendere ... con compensazione delle spese di lite*": formula che lo stesso legislatore, ancora una volta, non impone agli altri T.A.R.

Tali notazioni consentono, quindi, di concludere nel senso che, per questa via, il legislatore ha in buona sostanza da ultimo attivato con *ius singulare*, nell'ambito della complessiva evoluzione temporale dell'istituto del *payback*, anche una sorta di vera e propria competenza giurisdizionale in tale materia non più territoriale ma di fatto funzionale della Sede di Roma del T.A.R. per il Lazio, alla stessa guisa di quella ordinariamente prevista dall'art. 135 c.p.a. e successive modifiche: e ciò, presumibilmente, anche in considerazione dell'ormai prevalente giurisprudenza che al riguardo si è sin qui pronunciata per la competenza del giudice romano (cfr., *ex plurimis*, oltre alle recenti ordinanze emesse da questo stesso Tribunale n. 119 del 5 luglio 2023 e n. 120 del 10 luglio 2023, anche T.A.R. Friuli Venezia Giulia, ord. n. 115 del 2023 e le ivi citate T.A.R. Toscana, sez. II, ord. 22 marzo 2023, n. 295; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 22 ord. 22 marzo 2023, n. 517; T.A.R. Veneto, sez. III, ord. 9 marzo 2023, n. 324; T.R.G.A. Bolzano, 9 marzo 2023, n. 65).

Se è così, pare dunque altrettanto evidente e del tutto logica la soluzione che si trasferisca allo stesso giudice anche l'eventuale contestazione che - come nel caso di specie - è segnatamente proposta sullo stesso regime di definizione agevolata dell'obbligazione da *payback* che espressamente e infungibilmente ne impone l'intervento conclusivo per la definizione del relativo contenzioso.

5.2. In conclusione, in forza delle surriportate disposizioni contenute negli artt. 13 e 15 c.p.a. per il ricorso in epigrafe devono essere contestualmente dichiarate l'incompetenza di questo T.R.G.A., Sede di Trento, e la competenza del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma.

5.3. Le spese e gli onorari della presente fase processuale possono essere integralmente compensati tra le parti, stante la ben evidente complessità dello stratificato sistema di atti normativi e generali che ha dato origine alla presente causa, in tal modo ingenerando problemi interpretativi anche con riguardo all'individuazione del giudice al riguardo competente, come del resto ben comprovato dall'ampiezza della motivazione della presente ordinanza collegiale.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa per il Trentino Alto Adige/Südtirol, Sede di Trento (Sezione Unica), dichiara con riguardo al ricorso in epigrafe la propria incompetenza e indica quale Tribunale competente per territorio il T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma.

Spese compensate.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la Segreteria di questo Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 27 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Fulvio Rocco, Presidente, Estensore

Carlo Polidori, Consigliere

Cecilia Ambrosi, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Fulvio Rocco

IL SEGRETARIO