

Avv. Annalisa Quartiroli
Piazza IV Novembre, 7
20124 Milano
Mobile 3356977707
annalisa.quartiroli@milano.pecavvocati.it

Avv. Valentina Vaccarisi
Corso Strada Nuova, 86
27100 Pavia
Mobile 3480111042
avvvalentinavaccarisi@puntopec.it

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

LAZIO – ROMA

SECONDO RICORSO PER MOTIVI AGGIUNTI

contro i provvedimenti della

Provincia Autonoma di Bolzano

nel Ricorso nrg. 815/2023 Sezione III Quater

radicato per trasposizione in seguito ad opposizione di Ricorso Straordinario al

Presidente della Repubblica

Proposto da:

EPISCAN S.R.L. – C.F./P.IVA 01546350669, in persona del legale rappresentante pro tempore Dott.ssa Stefania Tiziana Benin, con sede legale in Roma, Via Giuseppe Sisco n. 8, rappresentata e difesa in via congiunta e disgiunta dagli Avvocati Annalisa Quartiroli, (c.f. QRTNLS75S47G388L, fax 0382.1722034) e dall'Avv. Valentina Vaccarisi (c.f. VCCVNT75H49I754Y, fax 0382.1722034) ed elettivamente domiciliata, per mandato speciale già in atti, ai sensi dell'art. 25 comma 1 bis c.p.a. ai seguenti indirizzi pec: annalisa.quartiroli@milano.pecavvocati.it e avvvalentinavaccarisi@puntopec.it presso i quali si chiede di voler ricevere tutte le comunicazioni/notifiche del procedimento

CONTRO

- **PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI**, in persona del Presidente pro-tempore, con sede in Roma Piazza Colonna n. 370, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio ex lege in Via dei Portoghesi n. 12, 00186 Roma
- **CONFERENZA PERMANENTE PER I RAPPORTI TRA LO STATO, LE REGIONI E LE PROVINCE AUTONOME DI TRENTO E BOLZANO**, in persona del legale rappresentante pro-tempore, con sede in Roma Via della Stamperia n. 8, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio ex lege in Via dei Portoghesi n. 12, 00186 Roma
- **CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME**, in persona del legale rappresentante pro-tempore, con sede legale in Roma, Via Parigi n. 11

- **MINISTERO DELLA SALUTE** in persona del Ministro pro tempore, con sede in Roma Viale Giorgio Ribotta n. 5, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio ex lege in Via dei Portoghesi n. 12, 00186 Roma

- **MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE** in persona del Ministro pro tempore, con sede in Roma Via XX Settembre n. 97, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato con domicilio ex lege in Via dei Portoghesi n. 12, 00186 Roma

E NEI CONFRONTI DI

- **REGIONE PIEMONTE**, C.F. 80087670016, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Torino (TO), Piazza Castello n.165
- **REGIONE AUTONOMA VALLE D'AOSTA**, C.F. 80002270074, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Aosta (AO), P.zza Deffeyes n. 1
- **REGIONE LOMBARDIA**, C.F. 80050050154, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Milano (MI), Piazza Città di Lombardia n. 1
- **REGIONE DEL VENETO**, C.F. 80007580279, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Venezia (VE), Dorsoduro n. 3901
- **REGIONE AUTONOMA FRIULI-VENEZIA GIULIA**, C.F. 80014930327, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Trieste (TS), Piazza dell'Unità d'Italia n. 1
- **REGIONE LIGURIA**, C.F. 00849050109, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Genova (GE), via Fieschi n. 15
- **REGIONE EMILIA-ROMAGNA**, C.F. 80062590379, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Bologna (BO), viale Aldo Moro n. 52
- **REGIONE TOSCANA**, C.F. 01386030488, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Firenze (FI), Piazza Duomo n. 10
- **REGIONE UMBRIA**, C.F. 80000130544, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Perugia (PG), Corso Vannucci n. 96
- **REGIONE MARCHE**, C.F. 80008630420, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Ancona (AN), Via Gentile Da Fabriano n. 9
- **REGIONE LAZIO**, C.F. 80143490581, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Roma (RM), Via Cristoforo Colombo n. 212

- **REGIONE ABRUZZO**, C.F. 80003170661, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in L'Aquila (AQ), Via Leonardo Da Vinci n. 6 "Palazzo Silone"
- **REGIONE MOLISE**, C.F. 00169440708, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Campobasso (CB), Via Genova n. 11
- **REGIONE CAMPANIA**, C.F. 80011990639, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Napoli (NA), Via Santa Lucia n. 81
- **REGIONE PUGLIA**, C.F. 80017210727, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Bari (BA), Lungomare Nazario Sauro n. 33
- **REGIONE BASILICATA**, C.F. 80002950766, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Potenza (PZ), Via Vincenzo Verrastro n. 4
- **REGIONE CALABRIA**, C.F. 02205340793, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Catanzaro (CZ), Cittadella Regionale Catanzaro
- **REGIONE SICILIANA**, C.F. 80012000826, in persona del Presidente pro tempore, con sede in Palermo (PA), Palazzo D' Orleans - Piazza Indipendenza n. 21
- **REGIONE SICILIANA – ASSESSORATO ALLA SALUTE**, in persona dell'Assessore pro tempore, con sede in Palermo (PA), Piazza Ottavio Ziino n. 24
- **REGIONE AUTONOMA DELLA SARDEGNA**, C.F. 80002870923, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Cagliari (CA), Viale Trento n. 69
- **PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO**, C.F. 00337460224, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Trento (TN), Piazza Dante n. 15
- **PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO**, C.F. 00390090215, in persona del Presidente pro tempore, con sede legale in Bolzano/Bozen (BZ), Silvius-Magnago-Platz 1
- Piazza Silvius Magnago n. 1

Nonché per quanto possa occorrere, anche nei confronti dei seguenti delle singole Aziende ed Enti del Servizio Sanitario Provinciale (di seguito “Enti Territoriali”):

- **Azienda Sanitaria dell'Alto Adige**, C.F./P.IVA: 00773750211, in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in Via Thomas Alva Edison 10 D - Bolzano/Bozen (BZ)

Nonché nei confronti di

- **ITEX di Marco Gregnanin**, P.IVA 06756601008, in persona del titolare e legale rappresentante Marco Gregnanin, con sede in Roma Via Eschilo n. 209, **in qualità di controinteressato**
- **COOK ITALIA S.R.L.**, P.IVA 00847380961, C.F. 07123400157 con sede legale in Nova Milanese (MB), Via Galileo Galilei n. 32, in persona del legale rappresentante pro tempore, **in qualità di controinteressato**

PER L'ANNULLAMENTO,

IN ESTENSIONE DELL'IMPUGNATIVA DEGLI ATTI GRAVATI CON IL RICORSO PRINCIPALE IN EPIGRAFE E CON IL PRIMO RICORSO PER MOTIVI AGGIUNTI, DI QUANTO SEGUE:

- Decreto del Direttore di Dipartimento Ufficio Governo Sanitario nr. 10686/2023 del 15 giugno 2023 avente ad oggetto *“Importo del payback per dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 ai sensi del Decreto del Ministero della Salute 6 ottobre 2022”* e dei relativi Allegati, con il quale la P.A. di Bolzano ha ricalcolato l'importo complessivo del payback per gli anni 2015-2018 e conseguentemente ha anche quantificato i nuovi importi di ripiano a carico dei Fornitori, tra i quali vi è la ricorrente. **Si precisa che l'Allegato 1 al Decreto nr. 10686/2023 impugnato con il presente secondo ricorso per motivi aggiunti contro la P.A. di Bolzano, per espressa previsione contenuta nel Decreto stesso (pag. 6, punto 1), ha sostituito l'Allegato A) al Decreto del Direttore di Dipartimento alla Salute, Banda Larga e Cooperative n. 24408 del 12 dicembre 2022, già in precedenza impugnato con il primo ricorso per motivi aggiunti.**
- Oltre a tutti gli allegati a detti provvedimenti, ancorché non noti;
- Nonché per l'annullamento di tutti gli atti e i provvedimenti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché non noti,

EVENTUALMENTE PREVIA RIMESSIONE

alla Corte Costituzionale o alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, in ordine alla compatibilità delle disposizioni sopra citate con la normativa, di seguito meglio precisata, rispettivamente costituzionale ed europea.

* * *

Come già illustrato nel ricorso introduttivo principale, al quale integralmente si rimanda anche per la ricostruzione degli elementi fattuali, **EPISCAN S.r.l.** è una PMI (doc. 14) che fornisce

agli Enti Sanitari prevalentemente dispositivi medici per la traumatologia ortopedica di classe IIa e IIb, anche ad utilità pluriennale.

La fornitura dei prodotti è spesso accompagnata da servizi di assistenza pre/post vendita, anche in sala operatoria, oltre che dal servizio di conto deposito per gli Enti acquirenti (di seguito “**Servizi**”), con gestione da parte della Ricorrente del magazzino tenuto a favore degli Enti (gestione giacenze, approvvigionamento, consegne, aggiornamento del magazzino).

Tutti i Servizi hanno un valore intrinseco e un prezzo che risulta incluso nel prezzo di vendita dei dispositivi medici e che – seppur non specificamente indicato in fattura – rappresenta una componente del prezzo complessivo di vendita dei dispositivi medici (di seguito “DM”), che deve essere scorporata dai calcoli operati dalla P.A. in quanto non attinente a dispositivi medici, ma ciò non è stato.

Le forniture pubbliche rese dalla Ricorrente negli anni di riferimento riguardano prevalentemente le seguenti Regioni: Piemonte, P.A. Trento, P.A. Bolzano, Veneto, Friuli, Toscana, Emilia, Liguria, Sicilia e Sardegna.

Con il provvedimento impugnato, la **Provincia Autonoma di Bolzano ha ricalcolato la quota di ripiano a carico della Ricorrente e le ha attribuito un “nuovo debito” di 33.157,90 (Doc. 20) in sostituzione della precedente quantificazione in € 33.288,36.**

Tale “debito” aumenta sino alla considerevole e del tutto irragionevole cifra di € 141.964,27 sommando all’ammontare quantificato dalla P.A. quanto calcolato dalle Regioni e dalla P.A. di Trento.

Si tratta di cifre – sia singolarmente che complessivamente - che sarebbero del tutto insostenibili anche per una grande azienda, ma la Ricorrente è un Microimpresa.

Per comprendere l’irragionevolezza dell’istituto del payback sui D.M. è sufficiente osservare i fatturati complessivi della Ricorrente negli anni di riferimento (dal 2015 al 2018) e negli ultimi anni, come riportati nella Relazione che si allega, redatta e asseverata dal Dottore Commercialista (cfr.Doc. 17).

In base ai dati esaminati dal Dottore Commercialista, l’impatto del Payback sui D.M. sul dato economico EBIT-EBITDA della Ricorrente negli anni 2015-2018 è drammatico e insostenibile: gli importi richiesti a titolo di payback sono addirittura superiori ai risultati operativi della società in tali anni.

Come emerge chiaramente dalla Relazione, il payback calcolato a carico della Ricorrente porterebbe ad una gravissima e potenzialmente irreversibile crisi aziendale.

Si sottolinea un importante passo della Relazione, nella quale il Dottore Commercialista rileva che “Nella situazione sopra esposta, Episcan non sarebbe in grado di mantenere la continuità aziendale e la governance di Episcan – in assenza di provvedimenti sospensivi o modificativi del *payback* - potrebbe trovarsi costretta a dichiarare lo stato di “Crisi d’Impresa”, ma senza poter fruire di nessuna soluzione in quanto non esistono i pilastri per costruire l’auspicato risanamento aziendale. Tale dichiarazione comporterebbe l’iscrizione immediata nel registro camerale con le conseguenze del dato pubblico verso ogni ente”.

Ciò comporterebbe la perdita di posti di lavoro e impedirebbe del tutto la prosecuzione delle forniture da parte della Ricorrente agli Enti Sanitari Regionali, per impossibilità sopravvenuta, con gravissimo danno per l’intero Sistema Sanitario Regionale e soprattutto con la creazione di una situazione di pericolo per i pazienti, data dall’indisponibilità di dispositivi medici essenziali.

Per tutti gli elementi di rilievo contabile, tecnico, finanziario e fiscale si rimanda alla Relazione asseverata dal Revisore dei conti, che costituisce parte integrante ed essenziale del presente ricorso.

Si precisa che nessun dato contenuto nella Relazione ha, né può avere, alcun valore confessorio né di riconoscimento di debito alcuno da parte della Ricorrente. Tutti i dati contenuti nella Relazione sono finalizzati esclusivamente a dimostrare l’erroneità dei calcoli effettuati dalla Regione e dagli Enti Territoriali, di cui comunque si contesta *in primis* la debenza in termini di costituzionalità, legalità e legittimità, e solo in subordine in termini di *quantum*.

La situazione di crisi sopra descritta risulta assurda di per sé, ma è ancora più inaccettabile se si pensa che è fondata su provvedimenti del tutto illegittimi, per vizi sia propri che derivati.

Quanto all’illegittimità dei provvedimenti governativi e ministeriali impugnati con il Ricorso straordinario introduttivo principale e con il primo ricorso per motivi aggiunti, si rimanda integralmente a tali atti, anche quanto alla ricostruzione degli elementi fattuali.

Quanto alla illegittimità dei provvedimenti impugnati con i presenti secondi motivi aggiunti, si articolano i seguenti

SECONDI MOTIVI AGGIUNTI

Premessa: i passaggi fondamentali fissati dalla normativa

L’art. 9 ter del D.L. 78/2015 convertito in L. 125/2015 come innovato con il Decreto Aiuti Bis e le Linee Guida stabiliscono per l’attuazione del *payback* sui D.M. i seguenti passi fondamentali:

- (i) **la certificazione del superamento dei tetti di spesa**, attestata con il Decreto Ministero Salute 06/07/2022 pubblicato in G.U. n. 216 del 15/09/2022;
- (ii) **la 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” (Linee Guida, art. 3 comma 1) a cura degli Enti Territoriali;
- (iii) **la verifica** della coerenza del fatturato complessivo indicato nelle Deliberazioni degli Enti Territoriali con quanto contabilizzato alla voce “BA0210 – Dispositivi Medici” del modello CE consolidato regionale dell’anno di riferimento, a cura delle Regioni e delle Province Autonome (Linee Guida, art. 4 comma 1);
- (iv) Al termine della verifica e **comunque entro e non oltre novanta giorni dalla pubblicazione del Decreto Ministero Salute 06/07/2022, l’individuazione dell’elenco delle aziende fornitrici e dei relativi importi di ripiano**, nonché delle modalità di versamento, da operarsi mediante **Decreto** da parte delle Regioni e P.A. e Province autonome (Linee Guida art. 4 commi 2 e 3). Si precisa che il relativo termine decadenziale di novanta giorni dal 15/09/2022 **è scaduto il 14/12/2022.**

* * *

I. ILLEGITTIMITA’ PER CARENZA INSANABILE DI ISTRUTTORIA. DIFETTO DI TRASPARENZA E VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PARTECIPAZIONE DELL’INTERESSATO AL PROCEDIMENTO. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUONA AMMINISTRAZIONE. ERRORE DI CALCOLO.

Con il provvedimento impugnato e il relativo allegato 1), la P.A. di Bolzano ha (ri)pubblicato l’elenco dei fornitori tenuti al pagamento di somme a titolo di payback sui Dispositivi Medici venduti nel quadriennio 2015-2018.

Nulla si dice – ancora una volta – circa il coinvolgimento dei Fornitori quantomeno nella fase istruttoria ricognitiva che ha riguardato la ricostruzione dei fatturati imputati agli stessi nel quadriennio in esame.

Ciò viola apertamente **il principio generale di partecipazione dell’interessato al procedimento di cui agli artt. 9 e 10 della L.241/1990**, quale corollario del principio di trasparenza e buona amministrazione portato dall’art. **97 della Costituzione** e riconosciuto anche nell’art. **6 della CEDU**.

E ciò viola anche l'attuale comma 9 bis dell'art. 9 ter del D.L. 78/2015 convertito in L. 125/2015, ove prevede espressamente che *“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”*.**

La norma, nell'aver previsto per le P.A. la facoltà di verificare i dati contabili risultanti anche presso gli Enti territoriali, non ha certamente escluso la possibilità di **coinvolgere anche – e doverosamente – i fornitori interessati**.

Ma la P.A. non lo ha fatto, neppure questa volta.

La P.A. non ha neppure inviato ai fornitori la comunicazione di avvio del procedimento.

Ciò è particolarmente grave, perché così facendo la P.A. ha impedito alla Ricorrente di contribuire all'istruttoria, ad esempio segnalando la quota parte di fatturato da scorporare perché riferita a prodotti ad utilità pluriennale e la quota parte di fatturato da scorporare perché riferita ai servizi forniti all'Ente in base alle prescrizioni dei capitolati di gara.

A dimostrazione degli errori di calcolo che ancora affiggono i provvedimenti della P.A. di Bolzano qui impugnati, si richiamano, quali esempi evidenti: (i) la fattura n. 1341 del 31/12/2015 (**Doc. 18**) relativa ad un manico per microlame, che evidentemente rientra tra i dispositivi medici ad utilità pluriennale e quindi non deve essere incluso nei conteggi, in base alla circolare del Ministero della Salute di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 0005496 del 26/02/2020 (cfr docc. 8); la fattura n. 701 del 24/06/2015 (**Doc. 19**), cumulativa di un Kit sterile contenete anche una fresa cilindrica (dispositivo certamente ad utilità pluriennale e quindi oggetto di scorporo non eseguito) e guanti chirurgici sterili (prodotto che non è un Dispositivo Medico, ma un dispositivo di protezione individuale e che quindi si pone al di fuori del perimetro di calcolo del payback, ma non è stato scorporato dall'Ente).

Ne consegue che i conteggi effettuati dagli sono inevitabilmente errati – anche questa volta - laddove non tengono conto di tali decurtazioni che dovevano essere operate a norma di legge, come illustrato nel ricorso introduttivo.

Conseguentemente, il Provvedimento qui impugnato è insanabilmente viziato per difetto grave di istruttoria, violazione del principio del contraddittorio procedimentale con l'interessato, violazione assoluta dei principi di trasparenza e buona amministrazione ed errore di calcolo, e

deve essere annullato in quanto illegittimo (TAR Lazio, Roma, Sent. 3667/2015 e Sent. 1461/2020).

Si ricorda che in un caso assimilabile ma opposto – ossia nel quale è una Regione a dover versare ai Fornitori quanto ad essi dovuto – detta Regione quale passaggio fondamentale del procedimento ha chiesto a tutti i fornitori di indicare dettagliatamente quali fossero i propri crediti.

Si tratta del procedimento di c.d. “Circolarizzazione dei debiti” della Regione Calabria (D.L.146/2021, convertito in L. 215/2021 art. 16 septies), che prevedendo la certificazione dei crediti dei fornitori rimasti impagati da parte della Regione Calabria (quindi a parti invertite) ha portato al coinvolgimento di tutti i fornitori/creditori nel processo di ricostruzione delle partite dare/avere.

E’ del tutto incomprensibile la ragione per cui quando è una Regione a dover pagare, essa si cura di coinvolgere i fornitori/creditori al fine di certificare le somme, mentre quando la Regione avanza pretese di ripiano essa esclude completamente i fornitori/”debitori” dall’iter. Si tratta di una grave violazione di legge sotto i profili di trasparenza, partecipazione dell’interessato e buona amministrazione già sopra richiamati.

Ma non solo.

Sia i provvedimenti degli Enti Territoriali che quelli della P.A. sono viziati anche per **violazione dell'art.9 ter comma 8) del D.L.78/2015 convertito in L. 125/2015 vigente negli anni 2015-2018, che non prevedeva che il calcolo dell'eventuale superamento del tetto di spesa venisse effettuato al lordo dell'IVA, come è invece previsto dal testo del comma 8 di tale norma in vigore oggi.**

La P.A. nei “Considerando” del proprio Provvedimento n. 24408 del 12/12/2022 (pag.5), dà atto che “ *si deve considerare che per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 il calcolo dello scostamento della spesa rispetto al tetto deve essere effettuato con riferimento ai dati rilevati nei modelli di rilevazione economica consolidati regionali CE, facendo così riferimento al disposto normativo di cui al previgente comma 8 dell’art. 9 ter del D.L. 19 giugno 2015 n. 78 convertito con modificazioni in L. 125/2015 rimasto in vigore fino a tutto l’anno 2018 (...).*”

Tuttavia, poste queste corrette considerazioni nelle Premesse del Decreto n. 24408 del 12/12/2022, **né in tale provvedimento, né nel Decreto n. 10686/2023 oggi impugnato la P.A. dà atto di aver effettivamente preso come base di calcolo per la ricognizione delle**

somme i fatturati imputabili ai fornitori – e quindi anche alla Ricorrente – al netto dell’IVA.

Ma non solo: in base alle verifiche effettuate dalla Ricorrente sulle fatture potenzialmente considerate dall’Ente, è emerso che indubitabilmente i conteggi operati dalla P.A. di Bolzano sono IVA inclusa, quindi radicalmente illegittimi.

Si sottolinea che il calcolo al lordo dell’IVA del fatturato viola anche l’art. 17-ter del D.P.R. n. 633/1972 (introdotto dalla Legge di Stabilità del 2015) in tema di “split payment”, per effetto del quale i Fornitori non incassano l’IVA relativa ai dispositivi medici venduti, che gli Enti Sanitari versano direttamente allo Stato, per cui l’inclusione della relativa aliquota nei conteggi dei fatturati costituisce evidentemente una insanabile violazione di legge e un grave errore di calcolo, in base ai quali i provvedimenti impugnati devono essere annullati.

I calcoli che hanno generato le cifre contenute in detti provvedimenti sono quindi affetti da questo errore originario, che ne inficia *in toto* la regolarità e la legittimità.

I provvedimenti impugnati devono quindi essere annullati.

II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 17 COMMA 1 LETT. C) DEL D.L. 98/2011 CONVERTITO IN L. 111/2011. ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI. ECCESSO DI POTERE. CARENZA ASSOLUTA DI MOTIVAZIONE.

Si rileva che a norma dell’art. 17 comma 1 lett. c) del D.L. 98/2011 convertito in L. 111/2011 recante *“Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria”, “Le regioni monitorano l’andamento della spesa per acquisto dei dispositivi medici: l’eventuale superamento del predetto valore e’ recuperato interamente a carico della regione attraverso misure di contenimento della spesa sanitaria regionale o con misure di copertura a carico di altre voci del bilancio regionale. Non e’ tenuta al ripiano la regione che abbia fatto registrare un equilibrio economico complessivo”.*

L’ultimo inciso di tale norma non è mai stato emendato, né novellato, né abrogato dai successivi interventi legislativi in tema di payback sui dispositivi medici ed è certamente applicabile anche alle Province autonome di Trento e Bolzano.

Posto che la P.A. risulta aver approvato i bilanci relativi al quadriennio in esame in complessivo equilibrio, non si vede per quale ragione la stessa si sia determinata a procedere comunque all’applicazione dell’istituto del payback. A ciò non era tenuta. Né di ciò ha fornito alcuna motivazione nel proprio provvedimento.

Tanto si pone in violazione dell'art. 17 comma 1 lett.c) del D.L. 98/2011 convertito in L. 111/2011 ed integra un ulteriore profilo di illegittimità del provvedimento gravato, per violazione di legge, eccesso di potere e carenza assoluta di motivazione, che deve essere annullato.

Posto che l'approvazione per ciascuno degli anni di riferimento di un bilancio in perdita è il presupposto dell'applicabilità dell'istituto del payback, si chiede in sede istruttoria che la P.A. depositi in atti i Bilanci approvati relativi agli anni 2015, 2016, 2017, 2018 o altri idonei documenti ufficiali che rappresentino – se esistente – una situazione di perdita.

Quanto sopra costituisce la prova del difetto assoluto di istruttoria, di trasparenza, di motivazione e della violazione di legge integrata.

III. SULLA COMPENSAZIONE. ILLEGITTIMITÀ PER VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 1241, 1242, 1243 E SEGUENTI DEL CODICE CIVILE. ILLEGITTIMITÀ PER VIOLAZIONE DELLE LINEE GUIDA.

Come noto, l'attuale comma 9 bis dell'art. 9 ter del D.L. 78/2015 convertito in L. 125/2015, prevede che *“Nel caso in cui le aziende fornitrici di dispositivi medici non adempiano all'obbligo del ripiano di cui al presente comma, i debiti per acquisti di dispositivi medici delle singole regioni e province autonome, anche per il tramite degli enti del servizio sanitario regionale, nei confronti delle predette aziende fornitrici inadempienti sono compensati fino a concorrenza dell'intero ammontare”*.

Tale meccanismo di compensazione automatica non è stato sospeso né modificato dal D.L. 4/2023, che semplicemente ha spostato la data della operatività della compensazione automatica al 30/04/2023 per tutte le Regioni e Province autonome.

Tuttavia tale meccanismo appare illegittimo per violazione degli artt. 1241, 1242, 1243 e seguenti del Codice Civile, **in quanto crea una compensazione del tutto *sui generis* che si pone al di fuori del perimetro di legalità fissato dal Codice Civile.**

Sorgono infatti leciti dubbi sulla possibilità di compensare crediti diversi perché sorti in anni diversi e da cause diverse: per i fornitori i crediti verso gli Enti sorgono dalla esecuzione contrattuale, mentre per gli Enti il credito sorge *ex lege*.

Ma non solo, risulta certamente illegittimo e *contra legem* operare una compensazione tra soggetti diversi: il Fornitore da una parte, che ha come Clienti gli Enti Territoriali e **la Regione dall'altra quale vero creditore istituito *ex lege*, che però agisce “attraverso” le Aziende Sanitarie territoriali in base ad una pretesa “sostituzione” o “intermediazione”**

soggettiva che non esiste nel panorama giuridico e che certamente non viene “creata” dalla norma in esame.

Dalla lettura del testo normativo sopra riportato, è evidente che l'inciso “*anche per il tramite degli enti del servizio sanitario regionale,*” è riferito agli acquisti di dispositivi medici che la Regione comunemente opera sia in proprio che attraverso gli Enti Territoriali. In nessun caso tale inciso può essere riferito alla compensazione che gli Enti territoriali sarebbero “autorizzati” (ma non esiste alcun provvedimento in tal senso) ad operare in luogo della P.A.. Ove così fosse, infatti, si ricadrebbe al di fuori delle disposizioni del Codice Civile in materia, posto che la norma in esame certamente non integra un caso di “cessione del credito” dalla P.A. agli Enti Territoriali. Infine, si segnala che la P.A. nel proprio provvedimento (pag. 9) dispone, per il caso in cui i fornitori non paghino spontaneamente la quota di payback calcolata a loro carico, di dar seguito alle disposizioni di cui al penultimo periodo del comma 9 bis dell'art. 9 ter del D.L. 78/2015 convertito in L. 125/2015 mediante compensazione fino alla concorrenza dell'intero ammontare, da effettuarsi dall'Aziende Sanitaria territoriale. Ciò si pone di violazione **dell'articolo 4 commi 2 e 3 delle Linee Guida (Decreto Min. Salute 6/10/2022), che in nessun punto prevede che il Decreto regionale possa contenere anche disposizioni sulla compensazione.** Per procedere con l'eventuale compensazione, quindi, la P.A. dovrà adottare un autonomo e separato atto, posto che il provvedimento emesso a nulla vale sotto questo profilo.

IV. ILLEGITTIMITÀ DERIVATA PER DERIVAZIONE DA ATTI ILLEGITTIMI

I provvedimenti impugnati con il presente atto di motivi aggiunti sono illegittimi anche per illegittimità derivata.

Infatti, anche nella denegata e non creduta ipotesi che i loro contenuti non venissero ritenuti illegittimi per i vizi propri sopra denunciati, essi risultano viziati da invalidità derivata dall'illegittimità dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo principale, che ne costituiscono il fondamento logico-giuridico.

Sul punto la giurisprudenza è conforme nel ritenere che “*L'illegittimità ed il conseguente annullamento dell'atto presupposto determinano l'illegittimità di quello conseguente, venendo meno la situazione giuridica che costituisce la condizione unica e necessaria per la sua legittima esistenza (cd. invalidità derivata): l'annullamento del provvedimento presupposto si ripercuote su quello presupponente, che è travolto e caducato; l'atto presupposto è fondamento esclusivo di quello applicativo, nel senso che l'esistenza e la validità del primo*

sono condizioni necessarie affinché il secondo possa legittimamente venire ad esistenza; non è possibile che l'atto presupposto non esista o, qualora emanato, sia successivamente eliminato (dal giudice o dalla P.A. in via di autotutela) e che rimanga legittimamente in vita quello dipendente; infatti, essendo gli atti concatenati, le sorti dell'atto presupposto si ripercuotono inevitabilmente su quelle dell'atto presupponente: gli effetti sostanziali prodotti da quest'ultimo postulano l'avvenuta realizzazione di quelli prodotti dall'atto presupposto, di talché, se questi, a seguito dell'annullamento dell'atto presupposto, sono stati rimossi con efficacia retroattiva, il rapporto amministrativo originato dall'atto dipendente non può sussistere” (ex multis C.d.S. 7312/2021 e C.d.S. 6922/2020).

ISTANZA ISTRUTTORIA

La Ricorrente ha già formulato istanze di accesso agli atti nei confronti della P.A. e dei suoi Enti territoriali, ma i riscontri – quando ottenuti - sono stati soltanto parziali e incompleti sia qualitativamente (il tipo di documenti consegnati), che quantitativamente (la copertura del quadriennio in esame) e non consentono alla Ricorrente una verifica compiuta della quantificazione operata a suo carico, né per quanto attiene alla P.A., né per quanto attiene agli Enti territoriali.

In applicazione del principio di trasparenza amministrativa come interpretato da questo Ill.mo Tribunale, e del principio per cui “*spetta all'amministrazione provare la fondatezza e la veridicità dei fatti sulla cui base ha adottato un determinato provvedimento*” (TAR Lazio, sez. III Quater, Sent. nn. 4538/2015 e 10410/2016), ai sensi e per gli effetti degli artt. 46 comma 2, 64, 65 e 116 C.P.A., si chiede pertanto che l'Ill.mo Giudice adito, ordini alla P.A. e ai relativi Enti territoriali, ciascuno per quanto di propria competenza, il deposito in atti di:

- 1) Un elenco delle fatture – individuate con data e numero ex art. 21 DPR 633/1972**
 - relative alla sola Ricorrente, che sono state considerate per la ricognizione del suo fatturato e per la quantificazione del payback a suo carico, **suddivise per anno di riferimento, al fine di poter operare la necessaria verifica;**

- 2) Si chiede in sede istruttoria che la P.A. depositi in atti il documento denominato “*Giudizio di parificazione del rendiconto generale della Regione*” redatto a cura della Corte dei Conti per ciascuno degli anni di riferimento, oppure i Bilanci di consuntivo approvati o altri idonei documenti ufficiali a dimostrazione del fatto che la Regione, per ciascuno degli anni dal 2015 al 2018, ha approvato bilanci in perdita;
- 3) Ex art. 46 comma 2 C.P.A., **i provvedimenti emessi degli Enti Territoriali e qui impugnati, unitamente agli atti e ai documenti in base ai quali tali provvedimenti sono stati emanati, quelli in essi citati ed agli eventuali allegati.**

Con riserva di chiedere **verificazione e/o consulenza tecnica di ufficio** sulla documentazione che verrà depositata in atti dai resistenti.

Con riserva di notificare motivi aggiunti in relazione alla documentazione che verrà depositata in atti dai resistenti.

* * *

Tutto quanto sopra premesso e considerato, la ricorrente, come in atti rappresentata e difesa, formula le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Ecc.mo Giudice adito così decidere, *contrariis reiectis*:

Nel merito:

Previa rimessione degli atti alla Corte Costituzionale o alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea sulle questioni dedotte ove ritenuta necessaria, accogliere integralmente il ricorso principale e il presente ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto annullare tutti gli atti e i provvedimenti impugnati.

In via istruttoria:

Accogliere l'istanza istruttoria formulata nel ricorso introduttivo principale e nel presente ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto **ordinare alle Amministrazioni competenti – siano esse la P.A. di Bolzano e/o i suoi Enti territoriali - la produzione in giudizio dell'elenco delle fatture relative alla Ricorrente individuate per numero e data considerate per il calcolo del suo fatturato e per la quantificazione del payback a suo carico, suddivise per anno di riferimento** al fine di poter operare la necessaria verifica e i provvedimenti emessi degli Enti Territoriali qui impugnati, unitamente agli atti e ai documenti in base ai quali tali provvedimenti sono stati emanati, quelli in essi citati ed agli eventuali allegati, nonché il “*Giudizio di parificazione del rendiconto generale della P.A. di Bolzano*” redatto a cura della Corte dei Conti per ciascuno degli anni di riferimento, oppure i Bilanci di consuntivo approvati o altri documenti ufficiali idonei alla dimostrazione del fatto che la P.A. di Bolzano, per ciascuno degli anni dal 2015 al 2018, ha approvato bilanci in perdita.

Con riserva di chiedere **verificazione e/o consulenza tecnica di ufficio** sulla documentazione che verrà depositata in atti dai resistenti.

Con riserva di notificare ulteriori motivi aggiunti in relazione alla documentazione che verrà depositata in atti dai resistenti.

Con vittoria di spese, competenze ed onorari di causa e con refusione dell'importo versato per il contributo unificato.

Con ogni riserva di legge.

Si depositano i documenti come da separato elenco.

Si conferma di voler ricevere le comunicazioni agli indirizzi di posta elettronica certificata già indicati in epigrafe: annalisa.quartiroli@milano.pecavvocati.it
avvvalentinavaccarisi@puntopec.it fax 0382.451793

Dichiarazione di valore.

Si dichiara che per il presente ricorso è dovuto il pagamento del contributo unificato in misura fissa di euro 650,00.

Milano/Pavia, 13/09/2023

Avv. Annalisa Quartiroli

Avv. Valentina Vaccarisi