

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO – SEDE DI ROMA
RICORSO IN RIASSUNZIONE EX ART. 15, COMMA 4, C.P.A.

DEL GIUDIZIO ISCRITTO AL N. 275/2023 R.G. DEL TAR PER LA TOSCANA

Per la **WILOCS S.R.L.**, con sede in Roma, alla Via Charles Lenormant, n. 154 (C.F. 02190100582 e P. IVA 01035821006), in persona del legale rappresentante *pro tempore* Anna Virginia Pierini, nata a Gubbio (PG) il 23.8.1941 (C.F. PRNNVR41M63E256U), rappresentata e difesa dall'Avv. Silvia Felicetti (C.F. FLCSLV64M48H501W) con studio in Roma al Viale Giuseppe Mazzini n. 25 (tel. 06.32609732, fax 06.32609736, e-mail s.felicetti@cacace-felicetti.it) con domicilio eletto presso l'indirizzo PEC dell'Avv. Silvia Felicetti silviafelicetti@ordineavvocatiroma.org, giusta procura in calce al presente ricorso

- ricorrente

CONTRO

- la **Regione Toscana**, in persona del Presidente *pro tempore*, con sede in Firenze, Palazzo Sacratì Strozzi, Piazza Duomo n. 10 (P. IVA 01386030488), rappresentato e difeso avanti il TAR Toscana dall'Avv. Maria Letizia Falsini e dall'Avv. Lucia Bora dell'Avvocatura Regionale della Toscana;
- **ESTAR – Ente di supporto tecnico-amministrativo regionale**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Firenze, Via di San Salvi, n. 12 (P. IVA 06485540485);
- il **MINISTERO DELLA SALUTE** (C.F. e P. IVA. 80242250589), in persona del Ministro *pro tempore*, con sede in Roma, Lungotevere Ripa n. 1, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Generale dello Stato con sede in Roma Via dei Portoghesi n. 12, rappresentato e difeso avanti il TAR Toscana dall'Avv. Gabriella Onano dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato in Firenze;
- il **MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE** (C.F. e P. IVA 80415740580), in persona del Ministro *pro tempore*, con sede in Roma, Via XX Settembre n. 97, domiciliato *ex lege* presso l'Avvocatura Generale dello Stato con sede in Roma Via dei Portoghesi n. 12, rappresentato e difeso avanti il TAR Toscana dall'Avv. Gabriella Onano dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato;

- Amministrazioni resistenti

PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA SOSPENSIONE

degli atti specificati, e per l'accoglimento delle domande spiegate, con l'avanti trascritto ricorso promosso dinnanzi al TAR Per la Toscana, che si riassume,

PREMESSO CHE

A) la Wilocs S.r.l., odierna ricorrente in riassunzione, ha promosso contro e nei confronti degli epigrafiati Enti il seguente ricorso iscritto al n. 1275/2023 R.G. del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (segue trascrizione):

<<TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA TOSCANA

RICORSO

Per la **WILocs S.R.L.**, con sede in Roma, alla Via Charles Lenormant, n. 154 (C.F. 02190100582 e P. IVA 01035821006), in persona del legale rappresentante pro tempore Anna Virginia Pierini, nata a Gubbio (PG) il 23.8.1941 (C.F. PRNNVR41M63E256U), rappresentata e difesa dall'Avv. Silvia Felicetti (C.F. FLCSLV64M48H501W) con studio in Roma al Viale Giuseppe Mazzini n. 25, con domicilio fisico eletto, con lo stesso procuratore Avv. Silvia Felicetti, presso l'Avv. Costanza Cirilli (C.F. CRLCTN64P65D612Q, PEC costanza.cirilli@firenze.pecavvocati.it) con studio in Firenze alla Via della Cernaia n. 43, e domicilio digitale eletto presso l'indirizzo PEC dell'Avv. Silvia Felicetti silviafelicetti@ordineavvocatiroma.org, giusta procura in calce

- ricorrente

CONTRO

- la **Regione Toscana**, in persona del Presidente pro tempore, con sede in Firenze, Palazzo Sacratini Strozzi, Piazza Duomo, n. 10 (P. IVA 01386030488);
- **ESTAR – Ente di supporto tecnico-amministrativo regionale**, in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in Firenze, Via di San Salvi, n. 12 (P. IVA 06485540485);
- il **MINISTERO DELLA SALUTE** (C.F. e P. IVA. 80242250589), in persona del Ministro pro tempore, con sede in Roma, Lungotevere Ripa, n. 1, domiciliato ex lege presso l'Avvocatura Generale dello Stato, con sede in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;
- il **MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE** (C.F. e P. IVA 80415740580), in persona del Ministro pro tempore, con sede in Roma, Via XX Settembre, n. 97, domiciliato ex lege presso l'Avvocatura Generale dello Stato, con sede in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

- Amministrazioni resistenti

PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA SOSPENSIONE

- del Decreto Dirigenziale n. 24681 del 14 dicembre 2022 adottato dal Direttore della Direzione Sanità, welfare e coesione sociale della Regione Toscana e allegati (**doc. 1**), notificato il 20.12.2022, con il quale sono stati approvati gli elenchi delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggette al ripiano per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017, 2018, e l'elenco di riepilogo di tali anni, ai sensi dell'articolo 9 ter, comma 9 bis

del D.L. 78/2015, di cui agli allegati n. 1, n. 2, n.3, n.4 e n.5, da cui risultano gli importi dovuti a tale titolo e, ove occorrer possa,

- del Decreto del Ministero della Salute 6 luglio 2022, pubblicato in G.U. n. 216 del 15 settembre 2022, recante la “Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018” (**doc. 2**);
- del Decreto del Ministero della Salute 6 ottobre 2022, pubblicato in G.U. n. 251 del 26.10.2022, recante “Adozione delle linee guida propedeutiche all’emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018” (**doc. 3**);
- di ogni altro atto a questi presupposto, preparatorio, conseguente e comunque connesso ad oggi non conosciuto dalla ricorrente.

FATTO

1. La questione che si porta all’attenzione di codesto Ecc.mo Tribunale presenta contorni che sfidano a viso aperto le regole della logica e del buon governo della cosa pubblica.

La ricorrente, infatti, è una Società attiva nel settore della produzione e/o fornitura di dispositivi medici odontoiatrici e odontotecnici (apparecchi ortodontici, protesi dentali, etc.) a privati e PP.AA., che vede oggi messa a repentaglio la propria attività d’Impresa, con ogni conseguenza sul piano sociale, occupazionale ed economico, a causa dell’illegittima attività amministrativa delle Amministrazioni resistenti.

In specie, si tratta di un operatore economico che è attivo in un settore di mercato, pur concernente i dispositivi medici, del tutto peculiare; infatti, **i prodotti forniti dalla ricorrente risultano per la più parte estranei ai Livelli Essenziali di Assistenza** già fissati dal D.P.C.M. 29 novembre 2001 (**doc. 4**), adesso disciplinati dal D.P.C.M. 12 gennaio 2017 (**doc. 5**). La circostanza si presenta centrale, e merita di essere evidenziata sin da subito.

2. Venendo al merito della questione, nell’ormai lontano 2015 è stato adottato il D.L. 19.6.2015, n. 78.

Per quanto in questa sede di maggior interesse, la novella ha esteso l’applicabilità del preesistente meccanismo del c.d. *payback* anche all’acquisto di dispositivi medici.

In estrema sintesi, l’istituto del *payback* in commento permette alle Amministrazioni del SSN e dei singoli Sistemi Sanitari Regionali di utilizzare liberamente (i.e. senza conseguenze) denari pubblici per l’acquisto (anche inavveduto) di dispositivi medici, senza dover preventivamente adattare la propria condotta alle effettive disponibilità di bilancio o alla programmazione della spesa eventualmente stabilita.

Una volta acquistati (e soprattutto utilizzati) i richiamati beni da fornitori che hanno basato la propria attività di Impresa anche sugli utili che si possono attendere dall'esecuzione di commesse pubbliche, le stesse PP.AA., rilevata solamente ex post l'insostenibilità economica della propria condotta, sono autorizzate a far gravare in quota-parte sugli stessi fornitori la propria negligente gestione del denaro pubblico.

Ciò significa, a livello operativo, che una parte delle spese che le PP.AA. avrebbero dovuto sostenere per l'acquisto di dispositivi medici vengono poste a carico dei fornitori dei dispositivi medesimi, chiamati appunto a restituire alle Amministrazioni una parte dei propri introiti (da qui il nome "payback").

3. *La previsione di riferimento è dettata dall'art. 9 ter, D.L. 78/2015, che avrebbe così scansionato il procedimento di quantificazione e riscossione di somme a titolo di payback:*

1) entro il 15 settembre 2015 (da aggiornare con cadenza biennale), la Conferenza permanente Stato-Regioni avrebbe dovuto fissare il tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici, fermo restando il tetto del 4,4% fissato a livello nazionale (art. 9 ter, comma 1, lett. b), D.L. 78/2015);

2) dopodiché, gli Enti del SSN sarebbero stati tenuti a "proporre ai fornitori di dispositivi medici una rinegoziazione dei contratti in essere che abbia l'effetto di ridurre i prezzi unitari di fornitura e/o i volumi di acquisto, rispetto a quelli contenuti nei contratti in essere, senza che ciò comporti modifica della durata del contratto stesso" (ancora, art. 9 ter, comma 1, lett. b), D.L. 78/2015);

3) in caso di mancato accordo, ai sensi del punto che precede, ai fornitori sarebbe stata comunque data facoltà di recedere dai contratti, in modo da non impedire il libero esercizio della propria attività d'impresa (art. 9 ter, comma 4, D.L. 78/2015);

4) entro il 30 settembre di ogni anno, con Decreto del Ministero della Salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sarebbe stato da certificare, in via provvisoria, il superamento del tetto di spesa fissato ai sensi del punto 1) che precede, facendo riferimento alle voci di costo riportate nei modelli di rilevazione economica consolidati regionali CE riferiti all'anno precedente. L'eventuale conguaglio sarebbe stato invece da certificare entro il 30 settembre dell'anno successivo (art. 9 ter, comma 8, D.L. 78/2015);

5) soltanto in esito a questa serie di passaggi sarebbe stato quindi possibile porre lo sforamento così certificato a carico dei fornitori (in misura pari al 40% per l'anno 2015, al 45% per l'anno 2016 e al 50% dal 2017). "Ciascuna azienda fornitrice concorre alle predette quote di ripiano in misura pari all'incidenza percentuale del proprio fatturato sul totale della spesa per l'acquisto di dispositivi medici a carico del Servizio sanitario

regionale”, fermo restando che “le modalità procedurali del ripiano sono definite, su proposta del Ministero della salute, con apposito accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano” (art. 9 ter, comma 9, D.L. 78/2015).

4. Ebbene, d’innanzi ad un procedimento descritto con un livello di dettaglio estremamente minuzioso, tutte le Amministrazioni coinvolte, a cominciare dallo stesso Ministero della Salute, sono rimaste – **per anni** – del tutto inerti, mai rendendo nota ai fornitori (né quindi alla ricorrente) la propria volontà di attivare gli strumenti di payback. Basti osservare come l’Intesa di cui al punto 1) che precede sia stata raggiunta – anziché entro il 15.9.2015 – **soltanto in data 7 novembre 2019** (oltre **quattro anni dopo la scadenza del termine** fissato dal D.L. 78/2015 – **doc. 6**).

Peggior sorte è capitata agli adempimenti cui gli Enti del SSN/SSR sarebbero stati tenuti ai sensi del punto 2) che precede, che – ad oggi – **non sono mai stati ottemperati**, senza che sia stata proposta alla ricorrente la prescritta rinegoziazione dei contratti; alla luce della condotta tenuta dalle varie PP.AA., l’art. 9 ter, comma 1, lett b), D.L. 78/2015, che – come visto – prescrive gli adempimenti in commento, parrebbe ormai da considerarsi abrogato per fatti concludenti (come se ciò fosse possibile).

Ne è conseguito, per ovvie ragioni, che alla Wilocs S.r.l. **non è stata nemmeno offerta la possibilità di recedere** dai contratti pubblici che avrebbero risentito della rimodulazione dei prezzi o delle quantità (come visto al precedente punto 3); nel frattempo, al contrario, **l’esecuzione di questi contratti è proseguita regolarmente, giungendo a naturale scadenza**.

In ultimo, a coronamento di una serie di evidenti mancanze, il superamento dello sforamento del tetto di spesa, anziché essere certificato di anno in anno a far data dal 30.9.2015, è stato certificato **un’unica volta per tutti e quattro gli anni 2015-2018**, con il D.M. 6 luglio 2022.

5. Occorre peraltro evidenziare come, in maniera pressoché contestuale rispetto alla pubblicazione del D.M. 6.7.2022, sia stato convertito in legge (con L. 21 settembre 2022, n. 142) il D.L. 9.8.2022, n. 115. L’art. 18, comma 1, di tale D.L., infatti, ha introdotto un nuovo comma 9 bis all’art. 9 ter, D.L. 78/2015, a mente del quale “limitatamente al ripiano dell’eventuale superamento del tetto di spesa regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 dichiarato con il decreto del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze di cui al comma 8, 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”.

Detto altrimenti, **lo Stato – avvedutosi della completa inerzia dimostrata dalle proprie PP.AA. – avrebbe inteso sostanzialmente rimettersi in termini per poter definire (e riscuotere), nel 2022-2023, le somme astrattamente dovute a titolo di payback 2015-2018**; un tentativo grossolano come questo non potrà però sortire in alcun modo gli effetti sperati.

6. Infine, anche a seguito del raggiungimento dell’Intesa Stato-Regioni del 28.9.2022 (rep. 213/CSR, **doc. 7**), è stato adottato il D.M. 6 ottobre 2022, pubblicato il 26.10.2022, recante le Linee Guida per l’adozione di provvedimenti in materia di payback e per la riscossione di tali somme.

Come è dato leggere, tutto d’un tratto – con soli sette anni di ritardo – la celerità è divenuta principio cardine dell’azione amministrativa in materia di payback, tanto che, ai sensi dell’art. 4, comma 2, D.M. 6 ottobre 2022, è previsto un termine di appena 90 giorni per definire l’elenco delle aziende fornitrici in capo alle quali far gravare i costi del payback, e un ulteriore termine di 30 giorni per la riscossione/compensazione di tali somme.

7. Per questo, le Regioni si sono (sebbene illegittimamente) attivate nel malriuscito tentativo di addossare ai fornitori i costi della propria malagestione della spesa sanitaria; i provvedimenti dei quali la ricorrente è stata destinataria, sono già due, adottati dalle Regioni Toscana ed Emilia-Romagna, e con essi le due PP.AA. hanno richiesto somme considerevoli a titolo di payback,.

8. Atteso che la causa dell’attuale (illegittima) azione amministrativa delle Regioni si rinviene nei Decreti del Ministero della Salute 6 luglio 2022 e del 6 ottobre 2022, la Wilocs S.r.l. - per l’ipotesi in cui detti decreti fossero considerati immediatamente lesivi dei suoi interessi - ha provveduto alla loro impugnazione con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica notificato il 12.1.2023 (**doc. 8**); detti decreti sono comunque oggetto, per quanto occorrer possa, di impugnazione anche con il presente ricorso atteso che la loro lesività, a ben vedere, si è manifestata a mezzo dell’atto attuativo adottato nella specie dalla Regione Toscana. Provvedimento quest’ultimo, che risulta comunque affetto dai medesimi specifici vizi denunciati nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e più avanti riportati.

9. Nel frattempo, con D.L. 11 gennaio 2023, n. 4 (in G.U. n. 8 dell’11 gennaio 2023; in vigore dal 12 gennaio 2023) il termine per l’assolvimento delle obbligazioni gravanti in capo alle aziende fornitrici, in scadenza a metà gennaio, è stato rinviato, individuandolo nel 30 aprile 2023, in luogo del termine previsto dalla attuale

normativa, in quanto variabile sul territorio nazionale, poiché decorrente dalla pubblicazione dei diversi provvedimenti regionali e provinciali contemplati dal menzionato articolo 9-ter, comma 9-bis, del citato decreto-legge n. 78 del 2015.

10. Tutto ciò premesso, la ricorrente, come sopra rappresentata e difesa, ritenendo che i provvedimenti gravati siano lesivi dei propri interessi, oltre che illegittimi, li impugna, chiedendone l'annullamento, per i seguenti motivi di

DIRITTO

I. ILLEGITTIMITÀ DEI PROVVEDIMENTI IMPUGNATI PER VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI CERTEZZA E STABILITÀ DEL DIRITTO, DELLA LIBERTÀ NEGOZIALE, DELLA LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA E DI LIBERA CONCORRENZA.

1. I provvedimenti impugnati si presentano innanzitutto illegittimi per violazione di una serie di basilari principi che fondano l'ordinamento civile e l'ordinato svolgersi dei rapporti socio-economici.

2. Nel caso di specie, i rapporti contrattuali tra le Amministrazioni dei vari Sistemi Sanitari Regionali e la Wilocs si sono regolarmente svolti fino alla completa esecuzione delle forniture previste nei singoli accordi, ovvero fino alla scadenza dei termini (solitamente pluriennali) di esecuzione concordati.

Nello specifico, la Wilocs ha svolto la fornitura in favore di alcune ASL della Regione Toscana in virtù di Accordo Quadro stipulato il 23.6.2011 (**doc. 9**) con ESTAV per essersi aggiudicata, con il ribasso del 35,81%, una pubblica gara, centralizzata e soggetta a fortissima concorrenza sui prezzi, nella quale è stata la stazione appaltante ad aver quantificato il proprio fabbisogno, a stabilire se le offerte ricevute fossero congrue e infine a scegliere tra di esse quella che meglio la soddisfaceva (il tutto senza alcuna evidenza, da parte della Wilocs, dell'eventuale sforamento del tetto di spesa regionale e tanto meno dell'importo che in ipotesi poteva essere chiamata a restituire).

3. Dopo anni dalla cessazione di tali rapporti, le Amministrazioni centrali e Regionali si sono attivate, senza alcun preavviso, per **richiedere indietro una parte dell'oggetto delle prestazioni da esse stesse rese** (i.e. per richiedere indietro una parte dei corrispettivi versati ai fornitori).

Tale impianto – peraltro nel completo silenzio serbato, sul punto, dai contratti sottoscritti dalla ricorrente (v. sempre **doc. 9**) peraltro in epoca antecedente alla emanazione del D.L. 19.6.2015, n. 78 – **si scontra tuttavia irrimediabilmente con i fondamentali principi del sinallagma contrattuale e della libertà negoziale.**

Infatti, laddove si ammettesse la legittimità del *factum principis* che, tramite l'adozione di meri provvedimenti, possa rovesciare “un profilo fondamentale dell'ordinamento civile, che è quello della libertà negoziale” (così, Corte Cost., 21.12.2016, n.283), si

finirebbe per avallare la **completa depauperazione del valore stesso dei contratti sottoscritti con la P.A.**

4. Discende da tali considerazioni che i provvedimenti impugnati appaiono prima facie del tutto illegittimi per aver inteso rovesciare completamente la sistematica del sinallagma contrattuale, sfilando il paradigma del “do ut des”, che informa – da sempre – ogni tipologia di scambio.

5. Peraltro, anche laddove si ritenesse (per assurdo) legittima tale impostazione, occorre comunque rilevare l'indebita compressione della libertà d'iniziativa economica cui la Wilocs sarebbe chiamata a sottostare.

Sia sufficiente osservare come le Amministrazioni coinvolte, attraverso i provvedimenti impugnati, abbiano fatto **un'applicazione soltanto parziale del D.L. 78/2015, ignorando completamente quelle previsioni poste a presidio dell'attività imprenditoriale dei fornitori chiamati a ripianare le perdite del SSN.**

In specie, come già osservato, **ai fornitori non è stata data la possibilità di recedere** dai contratti che sarebbero stati incisi dalle rimodulazioni (al ribasso) delle quantità di beni oggetto di fornitura o dei prezzi unitari, perché tale richiesta di rimodulazione – per colpevole inerzia delle PP.AA. – è completamente mancata.

Del pari, non essendo mai stato attivato, di anno in anno, il procedimento per la certificazione dello sfornamento e l'individuazione dei fornitori da sottoporre a payback, **alla ricorrente è stata preclusa anche la possibilità di svincolarsi dai contratti (soprattutto da quelli di durata pluriennale) che si fossero dimostrati, in corso d'esecuzione, non più imprenditorialmente sostenibili.**

6. La circostanza che non sia ormai più possibile offrire la possibilità di recedere, poiché i contratti sono stati tutti regolarmente eseguiti (sempre a causa dell'estremo ritardo con il quale il procedimento in commento è stato avviato), conforta una volta di più nel senso che i provvedimenti impugnati, attesa la tardività della loro adozione, finiscono con il cagionare una **illegittima compressione della libertà d'iniziativa economica della ricorrente**, in spregio all'art. 41, Cost., sicché dovranno essere annullati.

7. Infine, sia detto come i provvedimenti impugnati parifichino sostanzialmente l'attività di impresa di una multinazionale a quella delle PMI (fra le quali è compresa la Wilocs), ponendo a carico di entrambe le categorie di Imprese somme che sarebbero da corrispondere in unica soluzione.

Tuttavia, risulta evidente come solo una Impresa di dimensioni ragguardevoli sia in grado di sostenere spese impreviste di entità rilevante, senza vedere per questo pregiudicata la possibilità stessa di permanere sul mercato. **Lo stesso, invece, non**

può dirsi per la ricorrente.

Di conseguenza, dall'applicazione dei provvedimenti impugnati discenderà uno sfoltimento del numero di operatori economici, ad esclusivo vantaggio di quei soggetti di maggiori dimensioni, e a tutto discapito di micro, piccole e medie imprese.

Ciò che costituisce, per definizione, **una violazione del principio di libera concorrenza** di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost.; come costantemente sostenuto dalla giurisprudenza, "la nozione di «concorrenza» di cui al secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost. «non può non riflettere quella operante in ambito europeo (sentenze n. 83 del 2018, n. 291 e n. 200 del 2012, n. 45 del 2010). **Essa comprende**, pertanto, sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati, sia le misure legislative di promozione, volte a **eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese** (concorrenza "nel mercato"), ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino **la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (concorrenza "per il mercato")**. In questa seconda accezione, **attraverso la "tutela della concorrenza", vengono perseguite finalità di ampliamento dell'area di libera scelta** dei cittadini e delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi (sentenze n. 299 del 2012 e n. 401 del 2007)" (sentenza n. 137 del 2018)" (così, Corte Cost., 14.1.2022, n. 4).

Da qui, un ulteriore profilo di illegittimità dei provvedimenti impugnati.

*

II. ILLEGITTIMITÀ DEI PROVVEDIMENTI IMPUGNATI PER VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3 E 41, COMMI 1 E 2, COST., ANCHE DA PARTE DEL D.L. 78/2015. QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ.

1. I provvedimenti impugnati si presentano prima di tutto illegittimi per evidente violazione degli artt. 3 e 41, commi 1 e 2, Cost., nonché per illegittimità derivata, alla luce dell'altrettanto evidente incostituzionalità in parte qua dell'art. 9 ter, D.L. 78/2015, ancora una volta per violazione degli artt. 3 e 41, commi 1 e 2, Cost.

2. In materia di libertà d'iniziativa economica, infatti, "non vi è lesione della libertà d'iniziativa economica allorché l'apposizione di limiti generali d'esercizio corrisponda all'utilità sociale, a norma dell'art. 41 Cost., comma 2, **purché l'individuazione dell'utilità sociale non appaia arbitraria e gli interventi del legislatore non la perseguano con misure palesemente incongrue** (ex plurimis, Corte Cost. 31 marzo 2015, n. 56; Corte Cost. 21 luglio 2016, n. 203; Corte Cost. 24 gennaio 2017, n. 16; Corte Cost. 2 marzo 2018, n. 47)" (così, Cass., Sez. II, 27.4.2020, n. 8197).

Nel caso di specie, mancano entrambe le condizioni prescritte affinché i provvedimenti impugnati possano andare esenti da censure di incostituzionalità.

3. In primo luogo, con riferimento all'arbitrarietà, è sufficiente rilevare come il Legislatore non abbia fatto alcuna distinzione tra differenti categorie di fornitori di dispositivi medici, ponendo indistintamente a carico di tutti i fornitori dei vari SSR una quota della spesa eccedente il tetto di spesa fissato. In ciò riposa innanzitutto un primo profilo di incostituzionalità dei provvedimenti impugnati, per violazione dell'art. 3, Cost. Come anticipato, **la ricorrente fornisce al SSN, ovvero alle sue articolazioni regionali, beni il cui costo è sostenuto direttamente dall'utenza.**

Infatti, l'All. 2B al D.P.C.M. 29.11.2001 (**doc. 10**), annovera(va) espressamente la "assistenza odontoiatrica" tra le "prestazioni parzialmente escluse dai LEA in quanto erogabili solo secondo specifiche indicazioni cliniche di seguito indicate".

Ancora più chiaramente, sul punto, si esprime l'All. 4C al D.P.C.M. 12.1.2017 (**doc. 11**), a mente del quale "tali disposizioni nazionali prevedono che l'assistenza odontoiatrica a carico del SSN sia limitata a:

- a) programmi di tutela della salute odontoiatrica nell'età evolutiva;
- b) assistenza odontoiatrica e protesica a determinate categorie di soggetti in **condizioni di particolare vulnerabilità**" (punto 1).

Dipoi, lo stesso Allegato prosegue, al punto 3, individua **"due distinte tipologie di vulnerabilità"**:

- **Vulnerabilità sanitaria**: condizioni di tipo sanitario che rendono indispensabili o necessarie le cure odontoiatriche;
- **Vulnerabilità sociale**: condizioni di svantaggio sociale ed economico (correlate di norma al basso reddito e/o a condizioni di marginalità e/o esclusione sociale) che impediscono l'accesso alle cure odontoiatriche a pagamento per gli elevati costi presenti nelle strutture private".

Ai soggetti che si trovano in una delle situazioni di vulnerabilità descritte (poi dettagliate dall'Allegato 4C in commento), il SSN assicura la copertura dei costi delle prestazioni mediche.

Tuttavia, in entrambi i casi – ed è questo il fuoco della questione:

- (i) "ai soggetti così definiti in condizioni di vulnerabilità sanitaria, devono essere garantite tutte le prestazioni odontoiatriche incluse nel nomenclatore dell'assistenza specialistica ambulatoriale, **con l'esclusione dei manufatti protesici** e degli interventi di tipo estetico" (**doc. 11**, p. 3);
- (ii) "a tutti i soggetti riconosciuti in condizioni di vulnerabilità sociale devono essere almeno garantite:

1. visita odontoiatrica;
2. estrazioni dentarie;
3. otturazioni e terapie canalari;
4. ablazione del tartaro;
5. applicazione di protesi rimovibili **(escluso il manufatto protesico)**;
6. applicazione di apparecchi ortodontici ai soggetti 0-14 anni con indice IOTN = 4° o 5° **(escluso il costo del manufatto)**;
7. apesificazione ai soggetti 0-14 anni” (**doc. 11**, p. 4).

4. Atteso, dunque, che in nessun caso la fornitura del manufatto è considerata inclusa tra i LEA (nemmeno quale attività sovvenzionata da Fondi integrativi), non vi è alcun dubbio circa il fatto che **l’utenza sia chiamata a corrispondere anticipatamente – o quantomeno a rimborsare - agli Enti dei vari Servizi Sanitari Regionali il costo dei dispositivi medici odontotecnici che le PP.AA. hanno precedentemente acquistato dalla ricorrente.**

Ciò che significa, in altri termini, che **la spesa comunque sostenuta da Servizi Sanitari Regionali per l’acquisto dei manufatti forniti dalla Wilocs non ha concorso, in realtà, allo sfornamento del tetto di spesa, perché compensata con le entrate derivanti dai pagamenti dei quali l’utenza è stata chiamata a farsi carico.**

Ciononostante, né con il D.L. 78/2015, né con i DD.MM. né tantomeno con il Decreto Dirigenziale n. 24681 del 14 dicembre 2022 adottato dal Direttore della Direzione Sanità, welfare e coesione sociale della Regione Toscana (alla quale peraltro la circostanza era stata evidenziata con memoria del 24.11.2022, **doc. 12**), questa fondamentale differenza è stata minimamente valorizzata. Per l’effetto, Wilocs pur avendo fornito beni che – in definitiva – non hanno costituito un costo per il SSN è chiamata a ripianare le perdite del SSN stesso al pari di coloro che hanno reso prestazioni che rappresentano effettivamente un costo per lo Stato (quali fornitori di altri dispositivi medici, es. siringhe, garze, etc.).

Questa arbitraria parificazione di situazioni completamente differenti tra loro costituisce in realtà una disparità di trattamento rispetto agli altri fornitori (da intendersi quale *tertium comparationis* per il giudizio di costituzionalità) che apre ad una chiara violazione dell’art. 3, Cost.

5. “Si deve, in proposito, premettere che la giurisprudenza di questa Corte ha chiarito, in termini generali, che se **«il principio di eguaglianza esprime un giudizio di relazione in virtù del quale a situazioni eguali deve corrispondere l’identica disciplina e, all’inverso, discipline differenziate andranno coniugate a**

situazioni differenti, ciò equivale a postulare che la disamina della conformità di una norma a quel principio deve svilupparsi secondo un modello dinamico, incentrandosi sul "perché" una determinata disciplina operi, all'interno del tessuto egualitario dell'ordinamento, quella specifica distinzione, e quindi trarne le debite conclusioni in punto di corretto uso del potere normativo» (sentenza n. 89 del 1996; di seguito, sentenze n. 276 del 2020 e n. 241 del 2014; nello stesso senso, sentenza n. 5 del 2000)» (così, Corte Cost., 24.2.2022, n. 43).

Ebbene, nel caso di specie non vi è chi non veda come manchi il ragionevole "perché" richiesto dalla giurisprudenza costituzionale: se lo scopo del payback è quello di chiamare a concorrere alla spesa sanitaria, in maniera proporzionale, quei soggetti che hanno contribuito alla formazione del debito relativo all'acquisto di dispositivi medici, sarebbe stato quindi ragionevole che i soggetti effettivamente da coinvolgere nei procedimenti di payback fossero esclusivamente quei fornitori di beni che, effettivamente, hanno rappresentato un costo per gli Enti dei vari Servizi Sanitari Regionali.

6. Tanto più avuto riguardo alla specifica attività d'Impresa esercitata dalla ricorrente (**doc. 13**); trattandosi di fornitura di dispositivi medici **su misura**; infatti, **ogni consegna di beni era preceduta necessariamente da un'apposita prescrizione medica relativa al singolo paziente**, sicché al termine dell'esecuzione del contratto non poteva esservi nemmeno un singolo prodotto in avanzo.

Se a ciò si aggiunge che la spesa per tali prodotti era in definitiva posta a carico dell'utenza, si comprende come le PP.AA., per l'acquisto di dispositivi forniti dalla Wilocs, non possano aver effettuato spese che abbiano **concretamente** (e **non solo cartolarmente**) contribuito allo sfioramento del tetto di spesa.

Da qui, un primo profilo di illegittimità costituzionale dell'art. 9 ter, D.L. 78/2015, e dei provvedimenti impugnati che di esso fanno applicazione.

7. In ogni caso, quand'anche si ritenesse costituzionalmente legittimo aver annoverato la Wilocs tra i soggetti tenuti al ripiano della spesa pubblica, è da evidenziare un'ulteriore violazione del (basilare) principio di eguaglianza sostanziale.

I provvedimenti impugnati (e ancora prima il D.L. 78/2015) pongono infatti su uno stesso piano colossi delle forniture mediche, composti da note multinazionali, e PMI, imprese artigiane e operatori economici di grande competenza e piccole dimensioni, come la Wilocs.

In **assenza di misure mitigative** (quali, ad es., la possibilità di rateizzare il pagamento), **la disciplina censurata presuppone che tanto una multinazionale quanto un'Impresa artigiana possano ugualmente farsi carico di un esborso**

di importi relevantissimi, senza che ciò possa avere – secondo l’assurda ricostruzione della normativa – ripercussioni negative differenziate sulla base della dimensione dell’attività.

Anche in questo caso, dunque, non è possibile rinvenire un ragionevole “perché” il D.L. 78/2015 e i provvedimenti impugnati operino questa arbitraria equiparazione di realtà imprenditoriali che non hanno pressoché niente in comune, richiedendo ad entrambe le categorie il medesimo sforzo di natura economica.

Da qui, un secondo profilo di illegittimità costituzionale dell’art. 9 ter, D.L. 78/2015, e dei provvedimenti impugnati che di esso fanno applicazione.

8. In ultimo, fermo quanto già osservato (di per sé assorbente), è da evidenziare anche la **palese incongruità** dei provvedimenti impugnati.

Come detto, l’art. 2, comma 2, D.M. 6 ottobre 2022 (che detta le Linee Guida propedeutiche all’emanazione dei provvedimenti di payback), replicando sul punto il disposto del comma 9, dell’art. 9 ter, D.L. 78/2015, prevede che le Aziende fornitrici si facciano carico del ripiano della spesa per dispositivi medici, per gli anni 2015-2018, in misura proporzionale all’incidenza del proprio fatturato sulla richiamata spesa.

Tuttavia, quel che occorre tener conto è che **sono ormai trascorsi tra i 4 e i 7 anni dalla data di esecuzione delle prestazioni** che hanno originato il fatturato in commento.

Questo significa, in maniera lineare, che **la ricorrente ha ormai sostenuto tutti i costi connessi all’esecuzione dei contratti di fornitura di dispositivi medici in favore degli Enti dei vari Servizi Sanitari Regionali** (non essendo stata messa, peraltro, nella condizione di recedere dai predetti contratti, come previsto dall’art. 9 ter, comma 4, D.L. 78/2015).

Di conseguenza, le somme che – con estremo e colpevole ritardo – vengono oggi richieste alla Wilocs in forza dei provvedimenti impugnati finiscono inevitabilmente per incidere, massicciamente ed in via esclusiva, sulla quota di utile, già minima, che la ricorrente avrebbe potuto realizzare dall’esecuzione delle commesse pubbliche.

9. Il fatturato di ciascun fornitore, infatti, è dato dalla somma di spese (onnicomprensive di personale, materiale, utenze, etc.) e utile, generalmente fissato in una percentuale piuttosto ridotta rispetto al totale del fatturato.

Ebbene, **calcolare l’importo del payback a partire dal dato relativo al fatturato non significa richiedere al fornitore una somma in maniera proporzionale ai propri utili, ma significa chiamare la ricorrente a duplicare i costi, proprio perché il fatturato è indice – per massima parte – del valore delle spese.**

Per l’effetto, se è vero che tra le voci di cui si compone il fatturato (spese e utile) un peso

preponderante è rappresentato dalle spese, è vero anche che **il valore delle somme dovute a titolo di payback finirà con l'assumere un valore più alto dell'utile conseguito con l'esecuzione dei contratti che sono stati utilizzati per il computo del fatturato**, proprio perché calcolate su un dato che si compone principalmente di spese.

Ciò posto, è evidente come il provvedimento che depauperi integralmente una Società del proprio utile finisca con il **delegittimare l'essenza stessa dell'attività d'impresa, che non è tale se non genera un utile, impedendo così l'iniziativa economica privata** (in spregio all'art. 41, Cost.).

10. Tanto più nel caso di specie, considerato che **le misure di ripiano non sono previste come temporanee**, e i provvedimenti di quantificazione delle somme dovute a titolo di payback saranno adottati (almeno) nel corso dell'anno successivo rispetto a quello in cui le prestazioni saranno state eseguite, **risultando così impedito in radice alla ricorrente di poter calibrare la propria attività di impresa in base alle effettive spese delle quali dovranno farsi carico**.

Da qui, l'ulteriore profilo di incostituzionalità dei provvedimenti impugnati e dell'art. 9 ter, D.L. 78/2015.

11. Alla luce di quanto sopra esposto, si chiede pertanto che l'Ill.mo Tribunale adito, sollevi la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 ter, D.L. 78/2015, e dei DD.MM. 6 luglio 2022 e 6 ottobre 2022, per violazione degli artt. 3 e 41, commi 1 e 2, Cost., disponendo la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, ai sensi del primo comma del predetto art. 23 della L. 87/1953.

Sussistono, infatti, pacificamente i presupposti per sollevare la citata questione di costituzionalità in quanto la questione prospettata:

(i) non è manifestamente infondata;

(ii) è altresì rilevante ai fini della definizione del presente giudizio.

Sotto il primo profilo (non manifesta infondatezza) pare sufficiente richiamarsi alle considerazioni sinora svolte, dalle quali si può evincere la chiara violazione, da parte delle norme censurate, degli artt. 3 e 41, commi 1 e 2, Cost.

Quanto al secondo aspetto, si fa presente che, dall'illegittimità costituzionale del D.L. 78/2015 e dei DD.MM. impugnati discenderebbe in via automatica (e con effetti retroattivi) l'illegittimità dei procedimenti di payback avviati dalle singole Regioni anche a carico della ricorrente, in quanto adottati in applicazione di una normativa incostituzionale, e i provvedimenti infine adottati, tra cui quello della Regione Toscana oggetto del presente ricorso.

Invero, l'atto amministrativo, una volta intervenuta la pronuncia della Corte

Costituzionale, continua a produrre i propri effetti sino a che non venga rimosso dall'ordinamento attraverso l'esercizio del potere amministrativo di autotutela ovvero attraverso una sentenza di annullamento emessa dal giudice amministrativo.

*

III. ILLEGITTIMITÀ DERIVATA DEI PROVVEDIMENTI IMPUGNATI IN QUANTO ADOTTATI IN APPLICAZIONE DELL'ART. 9 TER, COMMA 9 BIS, D.L. 78/2015, CONTRASTANTE CON IL PRINCIPIO EUROPEO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO. DISAPPLICAZIONE DELLA NORMATIVA NAZIONALE, IN TESI. RINVIO PREGIUDIZIALE EX ART. 267, TFUE, IN IPOTESI.

1. I DD.MM. 6 luglio 2022 (pubblicato soltanto il 15.9.2022) e il D.M. 6 ottobre 2022, come pure il provvedimento della Regione Toscana, come anticipato, sono stati adottati soltanto dopo l'introduzione del comma 9 bis, dell'art. 9 ter, D.L. 78/2015, da parte del D.L. 115/2022.

Come rilevato, dopo anni di inerzia, e una volta **decorsi tutti i termini** per provvedere alla rilevazione e certificazione di eventuali superamenti dei tetti di spesa, **lo Stato si è sostanzialmente rimesso in termini per sopperire alla propria negligenza.**

Tuttavia, tale condotta è contraria al diritto dell'Unione Europea, e impone che il richiamato art. 9 ter, comma 9 bis, D.L. 78/2015, venga per questo disapplicato; di conseguenza, i provvedimenti impugnati non potranno che essere dichiarati illegittimi, perché (i) adottati tardivamente, e comunque (ii) autonomamente lesivi del principio del legittimo affidamento.

2. È noto come “secondo costante giurisprudenza, il principio della certezza del diritto, che ha per corollario quello della **tutela del legittimo affidamento, esige che una normativa che comporta conseguenze svantaggiose per i privati sia chiara e precisa e che la sua applicazione sia prevedibile per gli amministrati** (v., in particolare, sentenza del 7 giugno 2005, VEMW e a., C-17/03, Racc. pag. I-4983, punto 80)” (così, CGUE, sentenza 12.12.2013, causa C-362/13; nello stesso senso, più di recente, CGUE, sentenza 21.12.2021, causa C-428/20).

Nel caso di specie, come evidente, nulla di tutto questo è accaduto.

I DD.MM. impugnati, che hanno permesso alle Regioni di avviare i procedimenti di payback e di definire gli importi asseritamente dovuti e che minano la tenuta dell'attività d'Impresa della Wilocs, sono stati infatti adottati con estremo ritardo, **finanche 7 anni dopo i termini fissati dal D.L. 78/2015.**

Frattanto, dunque, non può che essersi consolidato in capo alle Imprese fornitrici di dispositivi medici (e dunque alla Wilocs) **un legittimo affidamento** circa l'assenza di volontà delle PP.AA. di ricorrere all'istituto del payback.

Giova infatti rammentare come “la possibilità di avvalersi del principio della tutela del

legittimo affidamento, è concessa a ogni operatore economico in capo al quale un'autorità nazionale ha fatto sorgere aspettative fondate" (così, CGUE, sentenza 16.10.2019, causa C-490/18).

3. Ancora, "anche in ambito unionale è stato precisato che il diritto di avvalersi del principio di tutela del legittimo affidamento si estende a ogni individuo in capo al quale **un'autorità amministrativa nazionale abbia fatto sorgere fondate speranze a causa di assicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate e affidabili, che essa gli avrebbe fornito** (Corte di Giustizia, 31 marzo 2022, in causa C 195-21, punto 65)" (così, Cons. Stato, Sez. VI, 9.9.2022, n. 7878).

Sussumendo il caso di specie all'interno delle categorie dettate dalla giurisprudenza citata, occorre dunque rilevare come:

(i) la **stabilità** della situazione precedente alla pubblicazione dei DD.MM. impugnati è evidente, solo avuto riguardo al fatto che la ricorrente ha **eseguito i contratti pubblici di fornitura fino a naturale scadenza**, senza che alcun Ente abbia mai avviato una qualche interlocuzione in punto di payback;

(ii) devono ritenersi sorte, in capo alla Wilocs, "**fondate speranze**" sulla mancata attivazione del payback, in considerazione dell'**ampissimo lasso di tempo** trascorso prima che l'Amministrazione si sia attivata (ben 7 anni dopo l'entrata in vigore del D.L. 78/2015);

(iii) **la ricorrente non poteva nemmeno prevedere il mutamento della situazione esistente**, considerata sia la mancata iniziativa degli Enti del SSN per la rinegoziazione dei contratti, sia la mancata fissazione del tetto di spesa regionale, sia infine la mancata adozione dei DD.MM. per la certificazione dello sforamento dei tetti di spesa;

(iv) in ogni caso, **la Wilocs non potrebbe adesso diversamente atteggiarsi nell'esecuzione dei contratti** eseguiti nel quadriennio 2015-2018, proprio perché ormai inevitabilmente scaduti già quando (nel novembre 2019) è stato fissato il tetto di spesa regionale e successivamente (nel luglio 2022 e dunque oltre due anni e mezzo dopo) certificato lo sforamento.

4. Peraltro, "**i soggetti passivi devono disporre di un tempo di adattamento qualora la soppressione del diritto di cui godevano fino a tale momento imponga loro di procedere ad adeguamenti economici significativi**" (sentenza del 9 giugno 2016, Wolfgang und Dr. Wilfried Rey Grundstücksgemeinschaft, C-332/14, EU:C:2016:417, punto 59)" (CGUE, sentenza 30.4.2020, causa C-184/19). Dopo 7 anni di silenzio serbato dalle PP.AA. coinvolte, nell'arco di 120 giorni dalla data di pubblicazione del D.M. 6 ottobre 2022 gli Enti dei vari Servizi Sanitari regionali sono

stati chiamati a predisporre gli elenchi dei fornitori cui richiedere il pagamento di somme a titolo di payback (entro 90 giorni dalla data di pubblicazione del Decreto di ottobre), e riscuotere dette somme, eventualmente compensandole con crediti vantati dai fornitori.

Detto altrimenti, secondo la sistematica restituita dai provvedimenti impugnati, la ricorrente sarebbe chiamata a corrispondere all'Erario somme superiori dell'utile d'impresa conseguito in un intero quadriennio in esecuzione di commesse pubbliche. Tale conclusione, del tutto avulsa da ogni logica, è contraria al principio di matrice europea appena delineato.

5. Alla luce delle soprastanti considerazioni, l'art. 9 ter, comma 9 bis, D.L. 78/2015, non potrà che essere disapplicato, per violazione del principio europeo del legittimo affidamento.

Per l'effetto, i DD.MM. impugnati come pure il provvedimento adottato dalla Regione Toscana dovranno conseguentemente essere caducati, perché adottati in esecuzione del D.L. 78/2015, nei rinnovati termini che lo Stato si è concesso con la previsione contraria al diritto eurounitario.

Ad ogni modo, nel caso in cui l'Ill.mo Tribunale adito non ritenesse di poter disapplicare la disciplina di cui all'art. 9 ter, comma 9 bis, D.L. 78/2015, sussistono comunque i presupposti per disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267, TFUE, prospettando la seguente questione:

“se il principio europeo del legittimo affidamento osti ad una normativa nazionale, quale quella dettata dall'art. 9 ter, 9 bis, D.L. 78/2015, introdotta soltanto con D.L. 9 agosto 2022, n. 115, che rimette in termini l'Amministrazione per richiedere il pagamento di somme che avrebbero dovuto essere quantificate e richieste, di anno in anno, in ciascuna delle annualità del quadriennio 2015-2018”.

*

IV. ILLEGITTIMITÀ PER ECCESSO DI POTERE PER IRRAGIONEVOLE DISPARITÀ DI TRATTAMENTO, DIFETTO DI ISTRUTTORIA ED INGIUSTIZIA MANIFESTA.

1. Nella denegata e non creduta ipotesi in cui le considerazioni svolte con il primo ed il secondo motivo di ricorso non fossero ritenute idonee a fondare la rilevata questione di legittimità costituzionale (sebbene non si vedrebbe in che modo), le stesse censure saranno comunque da scrutinare quali doglianze di merito.

2. Richiamandosi, per brevità, a quanto già sopra osservato, infatti, è appena il caso di ribadire come:

(i) **i provvedimenti impugnati disciplinano in modo uguale situazioni difformi,** intendendo porre a carico di tutta l'indistinta platea dei fornitori degli Enti dei Servizi

Sanitari Regionali le somme dovute a titolo di *payback*. Non viene infatti operata alcuna distinzione fra fornitori di dispositivi medici che costituiscono un costo per il SSN, e fornitori di dispositivi medici su misura il cui costo viene in ultima analisi sostenuto dall'utenza. Situazione, questa, che costituisce la definizione stessa della **disparità di trattamento**;

(ii) la circostanza appena evidenziata non viene richiamata nemmeno una volta, in alcuno dei provvedimenti impugnati, a riprova dell'evidente **carenza di istruttoria** dalla quale sono viziati. Al contrario, sul punto sarebbe stato necessario motivare puntualmente, proprio per non incorrere in censure come quelle di cui al punto che precede;

(iii) i provvedimenti impugnati si presentano in ogni caso **manifestamente ingiusti**, considerato che sono **intervenuti a distanza di anni**, dopo che i contratti pubblici di fornitura sono stati **regolarmente eseguiti**, e senza alcuna considerazione per il fatto che le somme richieste finiranno con il **uplicare i costi sostenuti dalla ricorrente**, azzerando (ovvero rendendo negativo) il valore dell'utile sulle commesse pubbliche. Per tutte queste ragioni, i provvedimenti impugnati sono, in ogni caso, manifestamente illegittimi, e come tali suscettibili di annullamento.

*

V. ILLEGITTIMITÀ PER ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DIFETTO DEI PRESUPPOSTI DI LEGGE.

1. I DD.MM. impugnati si presentano, infine, illegittimi, perché adottati sulla base di presupposti (e di dati) del tutto errati.

2. Come già osservato (vd. supra, pp. 8, 9 e 10), i beni forniti dalla ricorrente esulano dai LEA, sicché non costituiscono per alcun SSR un costo propriamente detto (i.e. che rimanga effettivamente a carico del singolo SSR e/o del SSN). Sul punto, per brevità, sia lecito richiamarsi alle disposizioni già citate.

3. Tuttavia, nel calcolo della spesa sanitaria per l'acquisto di dispositivi medici, e dunque nella certificazione dell'eventuale superamento dei tetti di spesa, gli allegati al D.M. 6 luglio 2022 (**doc. 2**) – mancando qualsivoglia specificazione sul punto – **devono necessariamente aver considerato nell'ammontare complessivo della spesa anche i costi per l'acquisto dei dispositivi medici forniti dalla Wilocs.**

E così ha fatto senz'altro la Regione Toscana che ha considerato – quale punto di partenza per determinare le somme dovute - i fatturati della Wilocs **nella loro interezza**, laddove risulta che gli importi ricompresi nelle fatture emesse dalla Wilocs erano coperti dall'utenza a mezzo di versamenti effettuati al SSR.

Sennonché, **non costituendo tali costi una spesa per il SSN, queste somme non**

aurebbero dovuto trovare ingresso nel calcolo dell'ammontare complessivo della spesa sanitaria per l'acquisto di dispositivi medici.

Al diminuire della spesa complessiva, sarebbe conseguentemente diminuito anche il valore dello sfornamento del tetto di spesa, e da qui il valore della quota di ripiano che ciascun fornitore dovrebbe accollarsi.

Ciò dimostra, una volta di più, l'inaccettabile sommarietà con la quale è stata condotta l'istruttoria prodromica all'adozione del D.M. 6 luglio 2022, che ne impone l'annullamento.

Dall'annullamento del D.M. 6 luglio 2022 non potrà che discendere, quale naturale conseguenza, anche la caducazione del D.M. 6 ottobre 2022 e del provvedimento della Regione Toscana.

*

ISTANZA CAUTELARE

Il fumus è evidente nei vari motivi di ricorso.

*Quanto al periculum, si evidenzia che il provvedimento della Regione Toscana qui impugnato (**doc. 1**) richiede alla ricorrente il pagamento, peraltro in unica soluzione, dell'importo di ben euro 67.573,00, da corrispondersi – in virtù del differimento operato dal D.L. 11 gennaio 2023, n. 4 - entro il 30.4.2023.*

*Un siffatto esborso non può essere sostenuto, se non mettendo concretamente a rischio la stessa sopravvivenza della ricorrente, già provata dagli aumenti dei costi delle materie prime, dai rincari energetici e dalle rivoluzioni del mercato dovute a post pandemia e guerra in Ucraina, e dunque anche la capacità di mantenere gli attuali livelli occupazionali (43 unità, v. **doc. 13**). Verrebbero altresì interrotte le forniture in corso presso le ASL dislocate su tutto il territorio nazionale, con gravi conseguenze anche per la sanità pubblica.*

È quindi evidente come l'invocata tutela cautelare può da un lato tutelare l'interesse della ricorrente, ma al contempo evitare pregiudizi per l'interesse generale.

*

P.Q.M.

Si chiede che l'Ill.mo Tribunale Amministrativo Regionale adito voglia:

- **in via cautelare**, disporre la sospensione dei provvedimenti impugnati;*
- **nel merito, in tesi**, ritenere illegittimi ed annullare i provvedimenti impugnati per le ragioni sopra esposte;*
- **nel merito, in ipotesi**, ai sensi dell'art. 23, L. 87/1953, sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 ter, D.L. 78/2015, e dei DD.MM. 6 luglio 2022 e 6 ottobre 2022, per violazione degli artt. 3 e 41, commi 1 e 2, Cost., disponendo la*

trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, ai sensi del primo comma del predetto art. 23 della L. 87/1953, per le ragioni sopra esposte;

- **nel merito, in ipotesi subordinata**, disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267, TFUE, prospettando la seguente questione:

“se il principio europeo del legittimo affidamento osti ad una normativa nazionale, quale quella dettata dall’art. 9 ter, 9 bis, D.L. 78/2015, introdotta soltanto con D.L. 9 agosto 2022, n. 115, che rimette in termini l’Amministrazione per richiedere il pagamento di somme che avrebbero dovuto essere quantificate e richieste, di anno in anno, in ciascuna delle annualità del quadriennio 2015-2018”;

- **in ogni caso**, con vittoria di spese, ivi compreso il contributo unificato, e onorari.

Ai sensi e per gli effetti del D.P.R. 115/02 si dichiara che il presente ricorso è soggetto al pagamento del contributo unificato nella misura di euro 650,00.

Si offrono in comunicazione i seguenti documenti:

1) Decreto Dirigenziale n. 24681 del 14.12.2022 Regione Toscana e allegati;

2) DM 6 luglio 2022 e relativi allegati;

3) DM 6 ottobre 2022;

4) DPCM 29 novembre 2001;

5) DPCM 12 gennaio 2017;

6) Intesa 181-CSR-2019;

7) Intesa 213-CSR-2022;

8) Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica;

9) Accordo quadro rep. 362 del 23.6.2011;

10) All. 2 DPCM 29.11.2001;

11) All. 4C DPCM 12.1.2017.

12) Memoria Wilocs del 24.11.2022.

13) Visura camerale.

Con osservanza.

Roma, 10 febbraio 2023

Avv. Silvia Felicetti >>.

--

B) In data 21.3.2023 il Ministero della Salute e il Ministero dell’Economia e delle Finanze si costituivano in giudizio eccependo l’incompetenza territoriale del TAR per la Toscana, vista l’impugnazione dei decreti ministeriali aventi efficacia su tutto il territorio nazionale, mentre in data 22.3.2023 depositavano la memoria per la C.C. del 6.4.2023 con la quale, fra l’altro, confermavano e illustravano l’eccezione di incompetenza territoriale dell’adito TAR a favore del TAR per il Lazio.

C) In data 30.3.2023 la Regione Toscana si costituiva in giudizio, mentre in data 3.4.2023 depositava la memoria per la C.C. del 6.4.2023 con la quale, fra l'altro, eccepiva l'incompetenza territoriale dell'adito TAR a favore del TAR del Lazio.

D) Alla Camera di Consiglio del 6.4.2023 la causa, su istanza delle parti costituite, passava in decisione sulla base degli scritti difensivi, e la Seconda sezione del TAR per la Toscana pronunciava la seguente testuale Ordinanza n. 00357/2023 Reg. Prov. Coll.: *“Premesso che:*

- con l'atto introduttivo del giudizio la società ricorrente impugna il decreto del Direttore Generale della Direzione Sanità, Welfare e Coesione Sociale della Regione Toscana n. 24681 del 14 dicembre 2022, recante “Approvazione degli elenchi delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggette al ripiano per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, ai sensi dell'art. 9 ter, co. 9 bis del DL 78/2015” in uno con i relativi allegati;

- impugna altresì i Decreti del Ministero della Salute 6 luglio 2022, recante la “Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018”, e 6 ottobre 2022 recante “Adozione delle linee guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018”;

- nell'articolazione delle censure avverso gli atti gravati, parte ricorrente censura la illegittimità costituzionale e comunitaria dell'art. 9-ter del d.l. n. 78/2015 e deduce disparità di trattamento, difetto di istruttoria e ingiustizia manifesta;

- la Regione Toscana e l'Avvocatura dello Stato, costituita per i Ministeri della Salute e dell'Economia e delle Finanze, eccepiscono l'incompetenza territoriale dell'adito T.A.R. per la Toscana poiché vengono impugnati decreti ministeriali aventi efficacia su tutto il territorio nazionale;

- chiamata la causa alla camera di consiglio del 6 aprile 2023, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione della domanda cautelare;

Considerato che:

- nella fattispecie sono coinvolti nel gravame atti sia regionali che statali, aventi questi ultimi efficacia su tutto il territorio nazionale;

- la regola per individuare il Tribunale Amministrativo territorialmente competente in tali fattispecie è espressa all'art. 13, comma 4 bis, c.p.a. il quale recita “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 tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari

criteri di attribuzione della competenza”;

- l'interesse all'impugnazione nel caso in esame è sorto a seguito dell'emanazione del decreto della Regione Toscana n. 24681/2022 e tuttavia, posto che l'impugnativa coinvolge anche gli epigrafati decreti ministeriali efficaci su tutto il territorio nazionale, come correttamente eccepito dalle parti resistenti deve dichiararsi la competenza del T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, a decidere sull'intera controversia;

Ritenuto pertanto di declinare la competenza territoriale dell'adito T.A.R. per la Toscana a favore del T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, avanti al quale ex art. 15, comma 4, c.p.a., la riassunzione della causa nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza permetterà la continuazione del processo; P.Q.M. il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) dichiara il proprio difetto di competenza a decidere del ricorso in epigrafe a favore del T.A.R. per il Lazio, sede di Roma.

Spese compensate”.

E) La detta ordinanza veniva comunicata in data 7.4.2023.

Tutto ciò premesso,

CON IL PRESENTE ATTO

la WILOCS S.r.l. (C.F. 02190100582 e P. IVA 01035821006), in persona del legale rappresentante *pro tempore* Anna Virginia Pierini, nata a Gubbio (PG) il 23.8.1941 (C.F. PRNNVR41M63E256U), provvede alla **riassunzione ed alla costituzione in giudizio** ai fini della prosecuzione, ex art. 15, comma 4, c.p.a., del giudizio già incardinato presso il TAR per la Toscana di RG n. 275/2023 sopra trascritto, insistendo nel ricorso e con espressa riserva di integrare nel prosieguo le difese. E, quindi, ripropone la richiesta di annullamento degli atti impugnati e di accoglimento delle domande formulate nei confronti di tutti gli Enti, meglio specificati in epigrafe, per le ragioni e conclusioni esposte nel sopra trascritto ricorso introduttivo e supportate dalla documentazione allegata in data 14.3.2023.

Chiede, al contempo, che si dia luogo alla **trattazione della domanda cautelare** sulla quale il TAR per la Toscana non si è pronunciato avendo dichiarato la propria incompetenza. Quanto al *fumus*, si rimanda ai motivi di ricorso; quanto al *periculum*, oltre a quanto dedotto nell'istanza cautelare di cui al ricorso sopra trascritto, si rappresenta che - non avendo la Wilocs S.r.l. provveduto, entro il 30.4.2023, al pagamento dell'importo richiestole dalla Regione Toscana (euro 67.573,00) - dal 1° maggio 2023 è esposta ad azioni di recupero coattivo del credito nonché alla compensazione dei propri crediti maturati sulle commesse in corso; con l'ulteriore conseguenza che, qualora tali circostanze si dovessero verificare, in caso di

accoglimento del ricorso nel merito la Wilocs si troverebbe a dover procedere al recupero coattivo dell'importo (indebitamente) incamerato/trattenuto dalla Regione, con tempi, costi e finanche esiti del tutto incerti.

Rappresenta inoltre, **ai fini della riunione e/o trattazione congiunta dei ricorsi**, che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, con il quale la Wilocs S.r.l. ha impugnato i Decreti del Ministero della Salute 6 luglio 2022 e del 6 ottobre 2022 per l'ipotesi in cui detti provvedimenti fossero considerati immediatamente lesivi dei suoi interessi, su istanza delle amministrazioni resistenti è stato oggetto di trasposizione avanti il TAR del Lazio sede di Roma assumendo il n. di RG n. 4191/2023.

P.Q.M

Si chiede che l'Ecc.mo TAR del Lazio – Sede di Roma – voglia accogliere il sopra trascritto ricorso introdotto dalla Wilocs S.r.l. avanti il TAR per la Toscana, come oggi riassunto dinnanzi all'intestato TAR, e, quindi:

- **in via cautelare**, disporre la sospensione dei provvedimenti impugnati;
- **nel merito, in tesi**, ritenere illegittimi ed annullare i provvedimenti impugnati per le ragioni sopra esposte;
- **nel merito, in ipotesi**, ai sensi dell'art. 23, L. 87/1953, sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 ter, D.L. 78/2015, e dei DD.MM. 6 luglio 2022 e 6 ottobre 2022, per violazione degli artt. 3 e 41, commi 1 e 2, Cost., disponendo la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, ai sensi del primo comma del predetto art. 23 della L. 87/1953, per le ragioni sopra esposte;
- **nel merito, in ipotesi subordinata**, disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267, TFUE, prospettando la seguente questione:
“se il principio europeo del legittimo affidamento osti ad una normativa nazionale, quale quella dettata dall'art. 9 ter, 9 bis, D.L. 78/2015, introdotta soltanto con D.L. 9 agosto 2022, n. 115, che rimette in termini l'Amministrazione per richiedere il pagamento di somme che avrebbero dovuto essere quantificate e richieste, di anno in anno, in ciascuna delle annualità del quadriennio 2015-2018”;
- **in ogni caso**, con vittoria di spese, ivi compreso il contributo unificato già versato, e onorari.

Non è dovuto il C.U., non trattandosi di nuovo ricorso ma di riassunzione.

Con osservanza

Roma, 5 maggio 2023

Avv. Silvia Felicetti