

AVV. PROF. ALESSANDRO LOLLI

Ordinario di diritto amministrativo
Università di Bologna

Via Belfiore 1 – 40100 Bologna
tel. 051- 6390055 – fax 051 – 6198756
alessandrololli@ordineavvocatibopec.it

ECC.MO

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

SEDE DI ROMA

RICORSO

Per la Ditta Luigi Salvadori spa CF/P. IVA 00397360488, con sede legale in Scandicci (Fi) Via Viuzzo del Piscetto n. 6/8, rappresentata e difesa, come da mandato a margine del presente atto, dall'Avv. Alessandro Lolli (CF LLLLSN65C04A944T, fax e pec come da intestazione), con domicilio presso la PEC indicata, il quale ultimo dichiara di voler ricevere comunicazioni al fax e posta certificata indicati in intestazione

PROCURA

Io sottoscritto Dott. Stefano Conti, Consigliere Delegato e Legale rappresentante della Ditta Luigi Salvadori spa CF/P. IVA 00397360488, con sede legale in Scandicci (Fi) Via Viuzzo del Piscetto n. 6/8 conferisco mandato all'Avv. Alessandro Lolli del Foro di Bologna per rappresentarmi e difendermi in ogni fase e grado del presente giudizio, eleggendo domicilio digitale presso la PEC del medesimo alessandrololli@ordineavvocatibopec.it, conferendogli ogni potere di legge compreso quello di mutare domicilio, proporre impugnazioni, ricorso incidentale, chiamare in causa, rinunciare agli atti, nominare altri procuratori o farsi sostituire, anche per eventuali procedure cautelari o inibitorie, Ai sensi e per gli effetti degli artt. 13 e 23 del d.lgs. n. 196/2003 e succ. mod., il sottoscritto presta il proprio consenso informato al trattamento dei dati personali.

Scandicci, 13.2.2023

Dott. Stefano Conti



La firma è autentica
Avv. Alessandro Lolli



CONTRO

- Regione Toscana, CF 01386030488 in persona del legale rappresentante, con sede legale Piazza Duomo 10 - 50122 Firenze (FI)
- Ministero della Salute, CF 80242250589, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Generale dello Stato con sede in Roma

E PER QUANTO OCCORRE POSSA NEI CONFRONTI DI

- AUSL Toscana Centro CF 06593810481 in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede legale in Piazza Santa Maria Nuova, 1 - 50122 Firenze (FI) PEC direzione.uslcentro@postacert.toscana.it

PER L'ANNULLAMENTO

- del decreto 24681 del 14.12.2022 della Regione Toscana Direzione Sanità recante << Approvazione degli elenchi delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggette al ripiano per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017, 2018, ai sensi dell'articolo 9 ter , comma 9 bis del D.L. 78/2015>> (DOC. 1) e dei suoi 5 allegati
- della PEC 20.12.2022 (DOC. 2) di trasmissione della determina
- quali atti presupposti, per quanto occorrer possa, dei seguenti atti, dei quali si chiede altresì anche la disapplicazione quando li si ritengano atti normativi:
 - Ministero della salute - Decreto ministeriale 6 luglio 2022 <<Certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018>> (DOC.3)
 - Ministero della salute - Decreto ministeriale 06/10/2022 <<Adozione delle linee guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018.>> (DOC. 4)
- di ogni atto presupposto o consequenziale anche non noto
e per il risarcimento del danno

FATTO

L'art. 9 ter del D.L. 19 giugno 2015 n. 78 ha previsto il cd payback sui dispositivi medici: gli imprenditori del settore sono costretti a pagare importi

molto rilevanti su contratti già eseguiti, restituendo parte del corrispettivo ricevuto.

La norma, alla quale gli atti impugnati hanno dato attuazione, si pone contro tutti i basilari principi di tutela dei diritti degli amministrati (da pacta sunt servanda e dal correlato principio UE di tutela dell'equilibrio economico, alla tutela del diritto di ogni impresa ad avere la possibilità di copertura dei costi di impresa, ai principi di effettiva capacità contributiva attuale in materia di imposizione fiscale, tenendo conto che la restituzione si applica retroattivamente dal 2015), come si dirà sotto.

In particolare, l'ultimo atto impugnato in ordine di tempo della Regione prevede il pagamento di una somma pari a 1.624.265,65 euro.

DIRITTO

I

SINTESI DELLA QUESTIONE

1.1. La legislazione rilevante.

Si riporta preliminarmente la normativa rilevante, indicando in neretto i punti significativi:

- Articolo 9 ter del D.L. 19 giugno 2015 n. 78

<< Fermo restando quanto previsto dall'articolo 15, comma 13, lettere a), b) ed f), del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, .. , e dalle disposizioni intervenute in materia di pagamento dei debiti e di obbligo di fattura elettronica di cui, rispettivamente, al decreto-legge 8 aprile 2013, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2013, n. 64, e al decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, e tenuto conto della progressiva attuazione del regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza ospedaliera di cui all'intesa sancita dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano del 5 agosto 2014, al fine di garantire la realizzazione di ulteriori interventi di razionalizzazione della spesa: ...

b) al fine di garantire, in ciascuna regione, il **rispetto del tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici** fissato, coerentemente con la composizione

pubblico-privata dell'offerta, con accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, da adottare entro il 15 settembre 2015 e da aggiornare con cadenza biennale, fermo restando il tetto di spesa nazionale fissato al 4,4 per cento, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti a proporre ai fornitori di dispositivi medici una rinegoziazione dei contratti in essere che abbia l'effetto di ridurre i prezzi unitari di fornitura e/o i volumi di acquisto, rispetto a quelli contenuti nei contratti in essere, senza che ciò comporti modifica della durata del contratto stesso.

...

8. **Il superamento del tetto di spesa a livello nazionale e regionale** di cui al comma 1, lettera b), **per l'acquisto di dispositivi medici**, rilevato sulla base del fatturato di ciascuna azienda al lordo dell'IVA è dichiarato con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, **entro il 30 settembre di ogni anno**. La rilevazione per l'anno 2019 è effettuata entro il 31 luglio 2020 e, per gli anni successivi, entro il 30 aprile dell'anno seguente a quello di riferimento, sulla base dei dati risultanti dalla fatturazione elettronica, relativi all'anno solare di riferimento. Nell'esecuzione dei contratti, anche in essere, è fatto obbligo di indicare nella fatturazione elettronica in modo separato il costo del bene e il costo del servizio. ⁽¹⁾

9. L'eventuale superamento del tetto di spesa regionale di cui al comma 8, come certificato dal decreto ministeriale ivi previsto, **è posto a carico delle aziende fornitrici di dispositivi medici** per una quota complessiva pari al 40 per cento nell'anno 2015, al 45 per cento nell'anno 2016 e **al 50 per cento a decorrere dall'anno 2017**. Ciascuna azienda fornitrice concorre alle predette quote di ripiano in misura pari all'incidenza percentuale del proprio fatturato sul totale della spesa per l'acquisto di dispositivi medici a carico del Servizio sanitario regionale. **Le modalità procedurali del ripiano sono definite, su proposta del Ministero della salute, con apposito accordo in sede di Conferenza permanente** per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. ⁽²⁾

¹ Comma così sostituito dall'art. 1, comma 557, L. 30 dicembre 2018, n. 145, a decorrere dal 1° gennaio 2019. Per la certificazione del superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, vedi il D.M. 6 luglio 2022

² La Corte costituzionale, con sentenza 21 marzo-12 luglio 2017, n. 169 (Gazz. Uff. 19 luglio

9-bis. **In deroga alle disposizioni di cui all'ultimo periodo del comma 9** e limitatamente al ripiano dell'eventuale superamento del tetto di spesa regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 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**. Con decreto del Ministero della salute da adottarsi d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano entro trenta giorni dalla data di pubblicazione del decreto ministeriale di cui al primo periodo, sono adottate le linee guida propedeutiche alla emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali. Le regioni e le province autonome effettuano le conseguenti iscrizioni sul bilancio del settore sanitario 2022 e, in sede di verifica da parte del Tavolo di verifica degli adempimenti regionali di cui all'articolo 12 dell'Intesa tra il governo, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, del 23 marzo 2005, ne producono la documentazione a supporto. Le aziende fornitrici assolvono ai propri adempimenti in ordine ai versamenti in favore delle singole regioni e province autonome entro il 30 aprile 2023. 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**. A tal fine le regioni e le province autonome trasmettono annualmente al Ministero della salute apposita relazione attestante i recuperi effettuati, ove necessari.<<(comma inserito dall'art. 18, comma 1, D.L. 9 agosto 2022, n. 115, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 settembre 2022, n. 142, e, successivamente, così modificato dall'art. 1, comma 1, D.L. 11 gennaio 2023, n. 4. In attuazione di quanto disposto dal presente comma vedi il D.M. 6 ottobre

2017, n. 29 – Prima serie speciale), ha dichiarato, tra l'altro, non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale del presente comma, in riferimento agli artt. 3, 32, 97, 117, secondo e terzo comma, Cost. nonché al principio di leale collaborazione di cui all'art. 120 Cost

2022>

1.2. Sintesi della legislazione.

In sintesi:

- La legge dello Stato ha previsto un sistema di payback, e cioè di restituzione degli importi ricevuti (ricevuti quali corrispettivi contrattuali) da parte delle aziende fornitrici in ambito sanitario, in caso di superamento del tetto previsto di spesa regionale.

In pratica, se le Regioni (che sono responsabili di ciò che spendono ovviamente), ovvero se lo Stato erra nelle previsioni di spesa (perché troppo basse) e tali previsioni vengono superate dalla spesa effettiva, la legge prevede che l'appaltatore restituisca parte degli importi contrattuali per compensare tale spesa eccessiva: dovrebbe pagare cioè chi è completamente estraneo agli errori previsionali.

1.3. Gli atti amministrativi esecutivi della legge.

Questi gli atti esecutivi del sistema, impugnati quali atti presupposti e alla base del provvedimento finale impugnato con cui la Regione chiede al ricorrente la restituzione dei corrispettivi ricevuti:

- Dm ministero Salute 6.7.2022 (in azz. Uff. 15 settembre 2022, n. 216:
<< 1. Il presente decreto è finalizzato **a certificare il superamento del tetto di spesa dei dispositivi medici a livello nazionale e regionale** per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, calcolato con riferimento ai dati di costo, rilevati a consuntivo per ciascuno dei predetti anni come risultanti dal modello CE consolidato regionale nella voce «BA0210 - Dispositivi medici» del modello di rilevazione del conto economico.
2. La quantificazione del superamento del tetto e **la quota complessiva di ripiano posta a carico delle aziende fornitrici dei dispositivi medici è indicata, per ciascun anno, nelle tabelle di cui agli allegati A, B, C e D**, che costituiscono parte integrante e sostanziale del presente decreto.>>
- Ministero della salute - Decreto ministeriale 06/10/2022 Adozione delle linee guida propedeutiche all'emanazione dei provvedimenti regionali e provinciali in tema di ripiano del superamento del tetto dei dispositivi

medici per gli anni 2015, 2016, 2017, 2018. <<1. Con il presente decreto sono adottate le linee guida propedeutiche alla emanazione dei **provvedimenti regionali e provinciali** previsti dall'art. 18, comma 1, del decreto-legge 9 agosto 2022, n. 115, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 settembre 2022, n. 142, con i quali sono **definiti gli elenchi delle aziende fornitrici di dispositivi medici soggette al ripiano per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017 e 2018.**

Art. 2. Disposizioni generali 1. Ciascuna regione e provincia autonoma pone l'eventuale superamento del rispettivo tetto di spesa, come certificato dal decreto ministeriale 6 luglio 2022 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 15 settembre 2022, Serie generale n. 216, a carico delle aziende fornitrici di dispositivi medici per una quota complessiva pari al **40 per cento per l'anno 2015, al 45 per cento per l'anno 2016, al 50 per cento per l'anno 2017 e al 50 per cento per l'anno 2018.**

2. Ciascuna azienda fornitrice di dispositivi medici 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 relativo Servizio sanitario regionale o provinciale.

Art. 3. Attività attribuite agli enti dei Servizi sanitari regionali e delle province autonome 1. In caso di superamento del tetto di spesa regionale o di una provincia autonoma, ai fini della determinazione del fatturato di ciascuna azienda fornitrice, gli enti del Servizio sanitario regionale o provinciale procedono alla ricognizione delle fatture correlate ai costi iscritti alla voce «BA0210 - Dispositivi medici» del modello CE consuntivo dell'anno di riferimento del superamento del tetto di spesa regionale o provinciale per gli importi contabilizzati alla voce «BA0210».2. I medesimi enti di cui al comma 1, conseguentemente, calcolano il fatturato annuo di ciascuna azienda fornitrice di dispositivi medici al lordo dell'IVA, come somma degli importi delle fatture riferite ai dispositivi medici contabilizzati nel modello CE alla voce «BA0210 - Dispositivi medici» del modello CE consuntivo dell'anno di riferimento.3. Entro e non oltre sessanta giorni dalla data di pubblicazione del decreto ministeriale 6 luglio 2022, i direttori generali, i commissari straordinari aziendali ovvero i commissari liquidatori, ove

operanti, degli enti di cui al comma 1, con propria deliberazione, qualora gli enti non vi abbiano ancora provveduto, **effettuano la validazione e certificazione del fatturato relativo all'anno di riferimento per singola azienda fornitrice di dispositivi medici**, calcolato secondo le disposizioni di cui ai commi 1 e 2; la deliberazione è quindi trasmessa contestualmente alla regione o alla provincia autonoma di appartenenza.

Art. 4. Attività attribuite alle regioni ed alle province autonome 1. A seguito di quanto previsto nell'art. 3, le regioni e le province autonome interessate verificano la coerenza del fatturato complessivo indicato nelle deliberazioni aziendali di cui all'art. 3, comma 3, con quanto contabilizzato nella voce «BA0210 - Dispositivi medici» del modello CE consolidato regionale (999) dell'anno di riferimento. 2. Al termine della verifica di cui al comma 1, entro e non oltre novanta giorni dalla data di pubblicazione del decreto ministeriale 6 luglio 2022, i direttori generali degli assessorati alla salute delle regioni e delle province autonome, o il commissario ad acta per l'attuazione del piano di rientro dal disavanzo del settore sanitario per le regioni commissariate, con proprio decreto individuano l'elenco delle aziende fornitrici di dispositivi medici ed i relativi **importi di ripiano da queste dovuti**, calcolati sulla base dell'incidenza percentuale di cui all'art. 2, comma 2, fino a concorrenza della quota complessiva di ripiano individuata con il decreto 6 luglio 2022 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 15 settembre 2022, Serie generale n. 216.3. Con il medesimo decreto regionale o provinciale di cui al comma 2, sono individuate le modalità procedurali per il versamento delle somme da parte delle aziende fornitrici di dispositivi medici, da effettuarsi entro e non oltre trenta giorni dalla pubblicazione dello stesso decreto di cui al comma 2 sul proprio sito istituzionale regionale o provinciale.>>

I.4. Sintesi dei provvedimenti amministrativi

- Lo Stato ha stabilito nel dm luglio 2022, impugnato, lo sfioramento dei tetti di spesa sanitari nel settore dispositivi medici
- Lo Stato ha stabilito nel dm ottobre 2022, impugnato, come ripartire lo sfioramento dei tetti, imponendo la restituzione di corrispettivi ricevuti

negli anni di fornitura dal 2015 al 2018, e stabilendo che le Regioni proporzionino tali valori ai valori di fatturato dei fornitori

- Il provvedimento impugnato in via principale ha infine applicato al ricorrente tali modalità di riparto.

II

MOTIVI ANALITICI DI RICORSO

Premessa

Gli atti amministrativi impugnati, in particolare l'ultimo della Regione, sono illegittimi poiché danno esecuzione a una norma di legge statale inefficace in quanto contraria al diritto UE (e dunque da disapplicare), e che comunque dovrà essere dichiarata costituzionalmente illegittima, nell'opinione del ricorrente.

Per quanto concerne i decreti attuativi, essi non solo sono illegittimi: devono anche essere disapplicati in quanto fonti normative in contrasto con il diritto UE e il diritto costituzionale.

1) Violazione di legge: violazione dei seguenti principi e norme:

- *a) Principio di libertà d'impresa (art. 41 Cost, art. 16 carta europea), principio di tutela della concorrenza (art. 101 TFUE), principio di vincolatività del contratto inter partes (pacta sunt servanda) e di tutela dell'equilibrio economico dell'appaltatore (art. 72 direttiva UE 2014/24): la legge contestata e gli atti impugnati impongono al ricorrente di lavorare alterando l'equilibrio economico emerso da gare europee senza ammettere prova contraria, e comunque modificano in contrasto con il diritto UE l'equilibrio contrattuale risultante da una gara, colpendo una impresa come la ricorrente che si trova già in situazione di difficoltà economica, con percentuali di restituzione che superano abbondantemente la percentuale di utile equo per legge.*
- *b) Principio di tutela dell'affidamento (art. 2 Cost) e tutela dei diritti quesiti. Violazione dell'art. 9 ter comma 8 del dl D.L. 19 giugno 2015 n. 78 da parte del decreto 6 luglio 2022 e del conseguente decreto 6 ottobre 2022: la violazione è ancora più grave in quanto incide su diritti*

patrimoniali già entrati nel patrimonio dell'impresa a compensazione delle spese sostenute per il servizio, diritti che sono stati utilizzati dall'impresa per le proprie necessità e che vedono oggi una società in difficoltà e sulla quale dunque non possono gravare ulteriori costi. Il tutto con un atto del 6 luglio 2022 che ha accertato il superamento del tetto per il periodo 2014-2019, in netto contrasto con Corte cost 203/2016 che ammette interventi, comunque negoziati, su contratti in essere, solo per le prestazioni ancora da eseguire al fine di consentire all'imprenditore di poter adeguare la propria prestazione.

- *c) In subordine, sproporzione tra il recupero lineare come disposto e la tutela dei principi indicati: l'obbligo di restituzione si disinteressa sia in astratto che in concreto dell'equilibrio economico dell'impresa*

a) Violazione dei principi UE e costituzionali sull'equilibrio economico dei contratti, sul diritto di impresa e sulla concorrenza

Gli atti impugnati, e le norme di cui rappresentano esecuzione, impongono al ricorrente, retroattivamente una attività calpestando l'equilibrio economico risultante dalla gara: tali norme si disinteressano dell'equilibrio economico dell'appaltatore e lo costringono retroattivamente ad aver lavorato in perdita.

Un percorso immaginabile (ma comunque illegittimo: non si cambia l'equilibrio contrattuale a contratto chiuso) poteva essere quello di verificare i margini caso per caso e intervenire: ciò non è stato fatto e si è dato luogo a un taglio lineare.

Quanto sopra è particolarmente vero per il ricorrente che ha bilanci in perdita dal 2015 e ancora oggi (si allegano i bilanci dal 2015 **DOC. 5**)

Questi i principi violati dal provvedimento impugnato e dalla normativa di cui esso rappresenta esecuzione:

- L'art. 41 Cost: «il provvedimento del CIP trova limiti indubbiamente anche nel sistema economico in cui è destinato ad operare e deve tener conto, quindi, delle regole proprie di un'economia di mercato per cui il prezzo deve essere remunerativo, cioè **determinato in considerazione anche della realizzazione di un profitto da parte delle imprese**» Corte

cost., 6 luglio 1972, n. 144 (leading case poi confermato dalla Giurisprudenza successiva).

- Il principio generale, espresso dall'art. 41 Cost, trova riscontro anche in diritto UE sul necessario rispetto dell'equilibrio economico dell'impresa, come principio presupposto dalle norme a tutela della concorrenza (art. 101 TFUE): il principio di libera concorrenza è completamente violato nel momento in cui si impone alle imprese di uno Stato membro di operare violando l'equilibrio economico emerso dalla gara. Anche l'art. 16 Carta europea dei diritti fondamentali si pone nello stesso senso << Libertà d'impresa È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali.>>. Non c'è libertà d'impresa se l'impresa è costretta a lavorare con alterazione degli equilibri economici contrattuali.
- Altro principio UE in materia contrattuale (il ricorrente ha eseguito contratti di appalto soggetti alla normativa UE, e il payback si giustifica sia sul piano della ratio che anche letteralmente sulla base di tali contratti) è dato dal necessario equilibrio economico del contratto: le direttive UE contengono diversi istituti a presidio di tale garanzia. L'art. 72 direttiva UE 2014/24 prevede per esempio che sia proibita una modifica se <<la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale o nell'accordo quadro>>. **E' evidente che una modifica ai flussi economici contrattuali che altera l'equilibrio contrattuale uscito dalla gara è proibita dal diritto UE.** Il punto è ripreso dal noto principio pacta sunt servanda: l'Amministrazione dopo aver versato un compenso per prestazioni svolte ora lo richiede indietro retroattivamente, nonostante sia stato concordato che quello era il giusto compenso dell'appaltatore.

Tra i principi indicati spicca in modo particolare il diritto di impresa nel singolo contratto, espresso dal necessario rispetto dell'equilibrio economico contrattuale: esso è posto da norme specifiche di matrice UE, non derogabili con legge e rispetto alle quali una legge contraria come pure gli atti amministrativi devono essere disapplicati.

Vi è un contrasto già a priori rappresentato dalla modifica inammissibile dei flussi economici su un contratto risultante da una gara, già competitivamente eseguito (cfr. punto seguente).

Tale contrasto:

- oltre a essere illegittimo nel suo contenuto (specie sull'equilibrio economico del contratto variato)
- è illegittimo sempre a priori anche nella modalità applicativa: già a priori si applica senza curarsi della incidenza sull'equilibrio economico e dunque sull'ammissibilità almeno di una prova contraria circa il non poter sostenere i costi indicati

- b) Violazione del principio di affidamento sulle prestazioni contrattuali già eseguite e sul relativo equilibrio economico.

Il principio dell'affidamento e la categoria dei diritti quesiti: il denaro è già entrato nel patrimonio delle imprese, e dunque risulta intangibile rispetto a interventi pubblici che trovano questo limite, specie tenendo conto dell'imponenza dell'intervento, nel caso come si vedrà incidente in percentuale molto significativa sui fratturati del ricorrente.

Non si tratta di diritti già maturati che devono essere soddisfatti: qui si sta parlando di rapporti già completamente esauriti da tempo, che non possono dunque essere ribaltati sottraendo corrispettivi già incassati.

Si rammenta che l'intervento su prestazioni contrattuali già eseguite, tra l'altro non con tagli lineari ma con rinegoziazioni affiancate da una possibilità risolutiva (il recesso da un contratto è cosa ben diversa dall'impoverimento e sfruttamento dell'impresa privata costretta a lavorare nel disinteresse dei costi sostenuti), è stato implicitamente già considerato illegittimo da Corte costituzionale, che ha fondato la propria analisi sul fatto che gli interventi sui contratti fossero inerenti solo a prestazioni ancora da eseguire, sulle quali dunque l'imprenditore poteva ancora incidere con efficientamenti: tutte cose impossibili allo stato.

Si consideri in questa prospettiva che il superamento del tetto di spesa doveva essere stabilito ogni anno entro il 30 aprile, mentre nel caso in esame vi è un dm 2022 che retroagisce al 2015, cosa completamente illegittima.

Si riporta da Corte cost << La previsione della «riduzione» dei volumi di «acquisto» consente di considerare riferito l'ambito di operatività della riduzione stessa alle prestazioni ancora da erogare, che saranno conseguentemente ridotte, e non alle prestazioni già erogate, per le quali soltanto si potrebbe parlare propriamente di retroattività. Una volta erogata nei limiti dei tetti di spesa determinati nel contratto, infatti, la prestazione fa sorgere l'obbligazione del SSN di corrisponderne il prezzo concordato. E un intervento retroattivo sull'obbligazione è escluso dal fatto che la previsione parla appunto di «riduzione» (riferendola ai volumi di acquisto) e non di «estinzione» – eventualmente parziale – ex lege, come sarebbe stato necessario, se essa avesse inteso incidere anche sulle obbligazioni già sorte. ... l'effetto paventato nell'ordinanza di rimessione non sarebbe da attribuire alla norma contestata, come visto intervenuta a metà dell'anno di riferimento, e quindi in un momento nel quale la prevista esigua riduzione delle previsioni di spesa (dello 0,5 per cento) avrebbe potuto essere facilmente assorbita nella restante parte dell'anno. Solo successivamente all'entrata in vigore della norma le amministrazioni sono vincolate a non remunerare le prestazioni erogate dopo quella data, in superamento degli importi di spesa rideterminati. >> (Corte cost 203/2016)

c) In subordine, violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza rispetto ai principi indicati.

In subordine, quando si ritenga che la violazione dei principi descritti non sia preclusa già a priori, ma sia in astratto possibile, si evidenzia che tale violazione non può comunque mai essere sproporzionata.

La proporzione è data dal rispetto dei principi UE sopra descritti in particolare in tema di:

- equilibrio economico del contratto: l'appaltatore ha diritto all'equilibrio economico emerso dal contratto e non può subire decurtazioni retroattive (direttiva UE sui contratti cit.)
- diritto di impresa: a prescindere dall'equilibrio contrattuale, l'appaltatore non può subire un intervento che gli sottrae l'utile e lo obbliga a non coprire i costi di produzione lavorando in perdita (art. 41 Cost e norme simili nelle Carte europee dei diritti fondamentali), tenendo conto come

si dirà che l'utile da legge è il 10% e in questo caso la sottrazione arriva a valori molto più alti

Tali violazioni sono ancora più sproporzionate in quanto poste in essere su diritti quesiti, anche molto risalenti (contratti dal 2015).

Nel caso di specie, si ripete quanto segue:

- in astratto, non vi è nessuna considerazione né in sede legislativa né amministrativa di tali profili: si impone un taglio lineare che prescinde da qualunque impatto sull'equilibrio economico e sui costi di un contratto già eseguito. In questo senso manca qualunque rispetto del principio di proporzionalità.
- In concreto, la sproporzione si è infatti verificata: a fronte di un fatturato verso gli enti da parte del ricorrente pari a 8.761.140 euro l'importo di cui ci chiede la restituzione è pari a 1.624.265,65 euro : si sta parlando di una compressione dei ricavi per circa il 20%. Si tratta di un importo già a priori incompatibile con il valore dell'utile riconosciuto dalla stessa legge nel 10% dall'art. 109 Codice appalti, erodendolo completamente, tenendo conto che tale valore è in realtà oggi di solito più basso vista la concorrenza, come attestano le tariffe in materia di servizi pubblici nei quali l'importo di utile viene computato attorno al 7%.

Si tratta di importi ben lontani da quelli che sono stati considerati costituzionalmente legittimi da Corte costituzionale nel 2016, oscillanti allora nello 0,5% di riduzione, comunque non certo ad appalto già chiuso.

3) In ulteriore subordine violazione di legge, quando si ritenga la richiesta di restituzione come una forma di imposizione fiscale:

- *Violazione dei principi di tutela dell'affidamento e di ragionevolezza nell'imposizione fiscale con riferimento alla retroattività degli atti contestati: violazione del principio di corrispondenza tra capacità contributiva attuale e potere impositivo che invece si costruisce su valori futuri (art. 53 cost)*
- *Violazione del principio di corrispondenza tra capacità contributiva e potere impositivo, non essendo ammessa la prova contraria sulla capacità contributiva soggetta ad imposizione (art, 53 Cost)*

- *Violazione del principio di eguaglianza e proporzionalità: il taglio lineare tocca situazioni molto diverse sul piano contributivo, con illegittimità per violazione dell'art. 3 Cost.*

Il payback si inserisce all'interno di una logica di ius poenitendi contrattuale: il contratto con un suo equilibrio economico viene calpestato nel momento in cui l'Amministrazione chiede indietro ciò che ha speso (nella sua errata opinione) di troppo.

In subordine, quando si sostenga che il payback sia una forma di imposizione fiscale, per cui sarebbe corretto che i maggiori importi di spesa sanitaria siano sostenuti dalle imprese del settore, si rileva che comunque si tratta di un istituto illegittimo anche sul piano fiscale.

L'imposizione fiscale deve avvenire nel rispetto degli altri principi giuridici costituzionali in modo proporzionato.

Imporre una tassa a contratto chiuso, senza alcuna prevedibilità della medesima (dipendendo tale tassa dal superamento ignoto di un tetto di spesa), senza ammettere alcuna prova contraria sulla capacità contributiva, disinteressandosi dell'equilibrio economico del contratto e anzi con la distruzione del medesimo, su contratti risalenti e in assenza di alcun elemento sulla capacità contributiva odierna è sproporzionato rispetto a qualunque obiettivo ragionevole di imposizione fiscale.

- a) *Sulla irretroattività delle norme tributarie, che non possono porsi contro il principio di attualità della capacità contributiva (art. 53 Cost).*

L'art. 53 Cost come interpretato dalla Corte afferma che se **«la legge assume a presupposto un fatto o una situazione passati - non più esistenti cioè al momento in cui entra in vigore - ovvero innovi, estendendo i suoi effetti al passato, gli elementi dai quali la prestazione trae i suoi caratteri essenziali, il rapporto tra imposizione e capacità contributiva può risultare spezzato»** (così il leading case Corte cost 45/1964).

Sul punto si richiama in via esemplificativa anche la norma generale di cui all'art. 3 legge 212/2020 (Statuto del contribuente): <<1. Salvo quanto previsto dall'articolo 1, comma 2, le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo. Relativamente ai tributi periodici le modifiche introdotte si applicano solo a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in

vigore delle disposizioni che le prevedono. 2. In ogni caso, le disposizioni tributarie non possono prevedere adempimenti a carico dei contribuenti la cui scadenza sia fissata anteriormente al sessantesimo giorno dalla data della loro entrata in vigore o dell'adozione dei provvedimenti di attuazione in esse espressamente previsti. >>.

In questo senso, è stato ritenuto che laddove l'imposta avesse riguardato soggetti precedentemente non tenuti ad alcuna prestazione tributaria (neanche per tributi diversi dall'imposta istituita retroattivamente) tale imposta è illegittima (Corte cost 75/1969).

Se la motivazione del payback è che il maggior costo sanitario non deve gravare sulla fiscalità generale ma sugli operatori economici, la norma sul payback è comunque illegittima: il fisco non deve e non può compromettere in via retroattiva la vita di persone fisiche o giuridiche, ma deve inerire ad importi sostenibili e di cui il soggetto passivo possa tenere conto nel diritto alla propria vita personale ed economica, e dunque necessariamente con riferimento al futuro (art. 2 Cost sui diritti fondamentali dell'individuo).

In ogni caso, la base impositiva per il tributo essendo stata fissata su contratti a partire dal 2015 è completamente assurda e censurata dalla Giurisprudenza costituzionale che evidenzia come la capacità contributiva deve essere attuale e non può ritenersi tale una considerazione di fatturati a partire dal 2015 e cioè 7 anni fa (leading case Corte cost. sent. n. 44 del 4 maggio 1966)

b) Sulla illegittimità costituzionale e europea della mancata previsione di una prova contraria negli atti contestati sulla capacità contributiva presunta in via assoluta.

Tutti gli elementi di cui al punto precedente non sono stati considerati negli atti contestati, nei quali addirittura non si ammette neppure alla prova contraria, e cioè alla prova circa la gravissima lesione dell'equilibrio economico nei contratti oggetto di intervento e dello stesso diritto alla sopravvivenza da parte dell'impresa, che ha già destinato gli importi a forme di sviluppo della propria attività di interesse pubblico (comprehensive della creazione di occupazione).

Sulla illegittimità di una normativa siffatta, incentrata su prove assolute in contrasto con l'art. 53 Cost e dunque sulla effettiva presenza di capacità contributiva, Corte cost 200/1976: <<se è pur lecito formulare previsioni

logicamente valide ed attendibili, non è .. consentito trasformare tali previsioni in certezze assolute ..senza possibilità che si ammetta la prova del contrario e si salvaguardi quindi .. il diritto del contribuente alla prova ed effettività del reddito soggetto all'opposizione>>>

Il punto sollevato ha anche una valenza europea, come il punto precedente sub a): ribaltare gli equilibri economici di un'impresa sulla base di presunzioni assolute è fortemente contrario ai principi di libertà di impresa e concorrenza.

Si è detto che nel caso la imposizione fiscale inerebbe al 19% circa di ricavi già incassati: importo che è il doppio del margine di tuile che la stessa legge ritiene coerente.

c) Sulla contrarietà al principio di eguaglianza e al principio di progressività degli atti sul payback.

Gli atti contestati trattano nello stesso modo un'impresa che abbia ottenuto un giusto guadagno o che addirittura abbia coperto i soli costi, ed altra impresa che magari abbia ottenuto guadagni molto più elevati, in violazione dell'art. 3 Cost e dell'art. 53 sul principio di progressività

3. Eccesso di potere per falso presupposto di fatto.

La Regione ha ricostruito un fatturato totalmente errato: il fatturato su cui deve essere calcolato l'importo non è quello stabilito dalla regione **ma è pari a 7.898.496 euro: la Regione ha errato per la somma ingente di 862.643 euro (DOC. 6).**

Anche per questo il provvedimento è errato e deve essere annullato.

4. Richiesta di rinvio in Corte Costituzionale e CGUE

Il ricorrente richiede per le ragioni esposte che, ove codesto Ecc.mo Giudice non ritenga di procedere direttamente alla disapplicazione degli atti normativi impugnati con annullamento degli atti della Regione, la questione sia rimessa:

- In Corte costituzionale, con richiesta di dichiarare costituzionalmente illegittima la normativa di legge indicata in atto (art. 9 ter del D.L. 19 giugno 2015 n. 78, comma 8 e seguenti) in quanto introduce (retroattivamente) una norma che dispone un pagamento forzato da parte dell'appaltatore che ha già eseguito il contratto, in violazione

dell'equilibrio economico del contratto e dei costi sostenuti (violazione dell'art. 27 Direttiva UE 2014/24, dell'art. 41 Cost, dell'art. 16 Carta europea, dell'art. 101 TFUE), e comunque senza alcuna considerazione di tale equilibrio economico, con approccio non solo violativo ma anche comunque sproporzionato rispetto a tali principi, in violazione delle norme indicate e senza ammettere alcuna prova contraria.

In ogni caso in quanto tale norma, ove ritenuta di natura fiscale, lede il principio di irretroattività, di libertà di impresa, e di progressività dell'imposizione fiscale (art. 53 cost, art. 41 Cost.) nonché di proporzionalità art. 3 Cost.

- In CGUE, con richiesta di accertare la contrarietà dell'art. 9 ter del D.L. 19 giugno 2015 n. 78, comma 8 e seguenti, e conseguentemente degli atti amministrativi impugnati, rispetto al diritto UE, nella parte in cui tali atti introducono retroattivamente una norma che dispone un pagamento forzato da parte dell'appaltatore che ha già eseguito il contratto, in violazione dell'equilibrio economico del medesimo e dei costi sostenuti, e comunque senza alcuna considerazione di tale equilibrio economico, con approccio non solo violativo ma anche comunque sproporzionato rispetto all'equilibrio contrattuale e al diritto dell'impresa a coprire i costi e avere un profitto. In particolare, si sottolinea che la norma citata viola
 - o La normativa UE sulla concorrenza: art. 101 TFUE: il principio di libera concorrenza è completamente violato nel momento in cui si impone alle imprese di uno Stato membro di operare rinunciando a ricavi contrattuali già incassati e all'equilibrio economico che consente a un'impresa di esistere
 - o Il principio UE in materia di equilibrio economico contrattuale (il ricorrente ha eseguito contratti di appalto soggetti alla normativa UE, e il payback si giustifica anche letteralmente sulla base di tali contratti) è dato dal necessario equilibrio economico del contratto: le direttive UE contengono diversi istituti a presidio di tale garanzia. L'art. 72 direttiva UE 2014/24 prevede che sia proibita una modifica se <<la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo

non previsto nel contratto iniziale o nell'accordo quadro>>. E' evidente che una modifica che squilibra completamente un contratto già eseguito è proibita e comporta una disapplicazione delle norme statali contrastanti.

- L'art. 16 Carta europea dei diritti fondamentali << Libertà d'impresa È riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali.>>. Non c'è libertà d'impresa se l'impresa è costretta a lavorare violando l'equilibrio economico emerso dalla gara.

4. Sul risarcimento del danno

Qualora per qualunque ragione il ricorrente nelle more della decisione di questo processo sia costretto a corrispondere anche a titolo di compensazione gli importi richiesti dalla Regione, si chiede di condannare la Regione alla restituzione dei medesimi maggiorati di interessi e rivalutazione, con richiesta del maggior danno in termini di minore sviluppo e di occasioni perse legate al pagamento nei termini che saranno dimostrati.

Si evidenzia che la contrarietà degli atti impugnati a tutti i principi basilari di civiltà giuridica, costituzionali ed europei, in materia di impresa, di equilibrio contrattuale e di affidamento è tale da configurare una colpa grave della Regione.

5. In via istruttoria. Richiesta di accesso agli atti anche ex art. 116 comma 2 CPA

Regione Toscana non ha reso noto nonostante richiesta di accesso **DOC.** **7** la documentazione e la modalità con la quale è giunta a definire l'importo di fatturato oggetto di applicazione del payback.

Si chiede dunque di ordinare all'Amministrazione di depositare tali documenti con riserva di motivi aggiunti.

PQM

Si domanda di annullare gli atti impugnati

- In via istruttoria, previo ordine a Regione Toscana di depositare i documenti richiesti, inerenti alla modalità con cui è stato definito l'importo di fatturato del ricorrente sul quale è stato calcolato il payback
- previa disapplicazione della legge statale in quanto contraria al diritto UE ovvero previa dichiarazione di incostituzionalità della medesima a seguito di rinvio in Corte costituzionale
- previa disapplicazione per quanto occorrer possa anche dei decreti ministeriali impugnati, ove li si ritengano atti normativi, ovvero previo annullamento dei medesimi come atti presupposti, in quanto parimenti contrari al diritto costituzionale e al diritto UE nelle parti indicate

Si domanda altresì di condannare i convenuti, Regione e Ministero della Salute, a risarcire il danno causato al ricorrente quantificato attualmente in 1.624.265,65 euro, più rivalutazione, interessi e maggior danno, qualora durante il processo essi esercitino iniziative, anche a titolo di compensazione, per sottrarre tale importo al ricorrente .

Il valore della presente causa è indeterminabile con contributo unificato pari a 650 euro

Avv. Alessandro Lolli