

STUDIO LEGALE **STEFANELLI**

## Lettera Informativa Luglio 2011

*avv. Silvia Stefanelli*  
*avv. Andrea Stefanelli*  
*cassazionisti*

*avv. Adriano Colombari*  
*avv. Alessandra Delli Ponti*  
*avv. Edoardo Di Gioia*  
*avv. Valeria Fabbri*  
*avv. Eleonora Lenzi*  
*dott. Annamaria Cicerone*  
*dott. Andrea Marinelli*  
*dott.ssa Claudia Patti*  
*Dott. Federico Breschi*

40139 Bologna - via Calanco 11  
tel 0039 051 6241209  
fax 0039 051 0821641  
[www.studiolegalestefanelli.it](http://www.studiolegalestefanelli.it)

**INDICE****Convegni****3****Diritto degli Appalti**

- Avvalimento al 100% e inconfondibilità con il subappalto.....4  
Presentazione offerte coordinate da parte di diverse società integra il reato di turbativa d'asta.....4  
Il giusto rapporto fra il principio del "tempus regit actum" e quello dello "jus superveniens" .....5  
L'obbligo di segretezza dei plichi di gara e le modalità di loro conservazione devono essere adottati in tutte le gare, anche se la lex specialis non lo prevede espressamente.....5

**Diritto delle Imprese**

## Sicurezza sui luoghi di lavoro

- Il documento di valutazione dei rischi (d.lgs. 81/2008) deve essere rinnovato anche in caso di successione societaria.....7

## Garanzia nelle vendite

- Il venditore deve risarcire anche le spese del consumatore.....7

## Diritto del lavoro

- È legittimo un licenziamento per giusta causa comprovato da controllo audiovisivo autorizzato?.....7

## Privacy

- La privacy nella gestione di rapporti di outsourcing.....8

## Responsabilità Imprese (D.lgs. 231/2001)

- Il d.lgs. 231/2001 nelle holding.....9

## Pubblicità

- Vi può essere pubblicità occulta anche senza pagamento di somme di denaro.....9

**Diritto della Sanità**

Autorizzazione sanitaria

Il trasferimento di un ambulatorio medico non richiede una nuova autorizzazione .....10

Responsabilità erariale

Interessante sentenza – anche alla luce della mediazione - sul rapporto tra accordo transattivo e responsabilità erariale.....10

**Comunicazioni**

# Convegni

---

## **MASTER APPALTI**

AVV. ANDREA STEFANELLI

LE GARE E I CONTRATTI IN AMBITO SANITARIO: DALLE MODALITÀ DI ACQUISTO ALLA PARTICOLARE FORMULAZIONE DEI CONTRATTI

MEDIA CONSULTING

ROMA - 27 OTTOBRE 2011

TORINO - 17 NOVEMBRE

CAGLIARI - 24 NOVEMBRE

## **APPALTI**

AVV. ANDREA STEFANELLI

LA PERENNE RIFORMA DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL DECRETO LEGGE 70/2011

ROGA ITALIA, MILANO 23 SETTEMBRE 2011

## **MEDIAZIONE**

AVV. SILVIA STEFANELLI

SIOLA - MONZA 1 OTTOBRE 2011

CONCILIAZIONE E MEDIAZIONE: AMBITI DI APPLICAZIONE E PROSPETTIVE

## **PRODOTTI COSMETICI**

AVV. SILVIA STEFANELLI

STUDI CLINICI SUI PRODOTTI COSMETICI

TEMAS S.R.L. - FORUM INSTITUTE OF MANAGEMENT GMBH - MILANO 4 OTTOBRE 2011

## **SICUREZZA NEGLI STADI**

AVV. ALESSANDRA DELLI PONTI

RUOLO E RESPONSABILITÀ DEL DELEGATO ALLA SICUREZZA

ASSOCIAZIONE A.N.D.E.S., ROMA - 29 LUGLIO 2011

## Diritto degli Appalti

### Avvalimento al 100% e inconfondibilità con il subappalto

Consiglio Stato, VI°, 13/6/2011, n. 3565

Consiglio Stato, V°, 20/6/2011, n. 3698

Sebbene in materia di certificazione SOA, il Consiglio di Stato ha di recente assunto una posizione che, se fosse da ritenersi relativa ad un principio generale (e quindi estendibile a tutti i casi di avvalimento), con buona probabilità “stravolgerebbe” completamente detto istituto per come finora siamo stati abituati a conoscerlo. Sostiene infatti il Consiglio di Stato che vada escluso il concorrente che, non possedendo i requisiti per ottenere la qualificazione SOA per una determinata categoria (OG10), si è fatto prestare i requisiti da altro soggetto anch'esso non dotato della categoria per mancanza (a sua volta) di sufficienti requisiti per ottenerla, ciò in quanto “*la finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità tecnico o economica del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti se ed in quanto da questi integralmente ed autonomamente posseduti*”. Ciò significa che il prestito del requisito non può essere parziale (allo scopo di colmare quello che il concorrente, da solo, non possiede) ma deve essere al 100%, ovvero l'ausiliario deve possedere la totalità del requisito richiesto e lo deve prestare totalmente, per evitare uno “spezzettamento” dei requisiti nonché la sommatoria di tanti “piccoli” requisiti per giungere -solo aritmeticamente- al risultato del possesso del 100% del complessivo richiesto.

Altrettanto interessante è la decisione del Consiglio di Stato che distingue la figura dell'avvalimento - che è un istituto di soccorso al concorrente già in sede di gara, attraverso cui è possibile integrare la carenza di requisiti - da quella del subappalto, che invece rappresenta una modalità di svolgimento dei lavori nel senso che un soggetto, già pienamente qualificato ed in possesso di tutti i requisiti necessari, può subappaltare ad altro soggetto una parte dei lavori, restando fermo che i requisiti devono essere posseduti - al momento

della presentazione dell'offerta di gara – direttamente dal soggetto partecipante.

Avv. Andrea Stefanelli

### La presentazione di offerte coordinate da parte di diverse società integra il reato di turbativa d'asta

Cass. Penale, Sentenza 16333, 26 aprile 2011

Recentemente la Cassazione Penale (Sentenza 16333, 26 aprile 2011) è tornata ad occuparsi di turbativa d'asta nell'ambito di pubbliche gare; l'art. 353 c.p. sancisce che chiunque, con violenza o minaccia o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con multa fino ad euro 1.032. Nel caso in esame è stato contestato a due Direttori degli Ospedali riuniti di Foggia, ad un Consigliere Regionale nonché al Presidente di una cooperativa di vigilanza di aver turbato, in concorso tra loro e mediante accordo preventivo, una gara relativa all'affidamento triennale del servizio di vigilanza, allo scopo di favorire la cooperativa stessa. Alla condanna del 1° grado era seguita l'assoluzione della Corte di Appello, che non aveva dato rilevanza al collegamento tra le varie società, reputandolo sostanziale e rilevante solo su un piano amministrativo. Di diverso avviso è invece risultata la suprema Corte di Cassazione, che ha accolto l'impugnazione promossa dal Procuratore Generale argomentando che la conoscibilità del collegamento (formale o sostanziale) non si traduce automaticamente nella liceità penale degli accordi preventivi intercorsi e che quindi la Corte d'Appello ben avrebbe dovuto considerare la fattispecie come rientrante nei cd. reati di pura condotta e pericolo, ipotesi in cui l'evento giuridico si sostanzia nella vera messa in pericolo del bene o valore tutelato dalla norma penale. Ad essere contrario alle legge, quindi, è l'esistenza dell'accordo preventivo perché, se idoneo ad influire sull'esito della gara, varrebbe a violare i beni giuridici tutelati dalla norma e cioè la libertà di partecipazione nonché la libera effettiva concorrenza. In definitiva, sostiene la Corte, ciò che rileva non è il

mero dato del collegamento tra società - in quanto esso rimane pur sempre solo un indice di irregolarità - quanto piuttosto (e ben diversamente) la circostanza che detto indice possa acquisire rilevanza penale quando si provi che, in concreto, vi è stato un accordo sugli specifici contenuti delle singole e formalmente autonome offerte. Occorre da ultimo ricordare che l'art. 353 c.p., avendo subito recentemente la modifica sanzionatoria che ha innalzato il livello della pena detentiva, esplica rilevanti conseguenze sul piano procedurale, rendendo possibile sia l'arresto facoltativo in flagranza, sia le misure coercitive personali, ivi compresa la custodia cautelare in carcere.

Avv. Adriano Colombari

### **Il giusto rapporto fra il principio del “tempus regit actum” e quello dello “jus superveniens”**

Adunanza Plenaria Cons.Stato 24/5/2011, N.9

Un problema che da sempre si pone all'entrata in vigore di una nuova normativa è quale sia la sua corretta applicazione alle situazioni già in essere e, per risolverlo, spesso il Legislatore dedica a tale argomento un apposito articolo rubricato, appunto, “disposizioni attuative e transitorie”, in cui dispone se è prevista (o meno) efficacia retroattiva alle norme di nuova introduzione. La questione tuttavia si complica nei procedimenti amministrativi ed, in particolar modo, nei concorsi e gare pubbliche, che possono esser stati indetti in vigenza di una certa disciplina per poi concludersi dopo l'entrata in vigore della nuova normativa, che magari modifica le modalità di valutazione delle offerte e/o titoli messi in gara; la questione che si pone è dunque se l'iter valutativo non ancora esperito (e per cui la legge “nuova” potrebbe trovare valida applicazione) non debba tuttavia svolgersi ancora in forza della vecchia in quanto la partecipazione dei concorrenti è stata “pensata” in forza della precedente legge e, quindi, avrebbe potuto essere ben diversa nell'ipotesi in cui i concorrenti fossero stati a conoscenza dei nuovi profili normativi. Per risolvere questo annoso problema è giunta finalmente la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 9/2011 secondo cui, in materia di pubblici concorsi, le disposizioni normative sopravvenute e relative

all'ammissione dei candidati, alla valutazione dei loro titoli nonché allo svolgimento dei procedimenti concorsuali non possono trovare applicazione per le procedure già in itinere alla data della loro entrata in vigore, in quanto “*il principio del tempus regit actum attiene alle sequenze procedurali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale e non anche ad attività (quale è quella di espletamento di un concorso) interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio*”. Pertanto, mentre le leggi vigenti al momento dell'indizione di una procedura devono essere applicate (anche se non espressamente richiamate nel bando), per le norme sopravvenienti “*non è configurabile alcun rinvio implicito nella lex specialis*”, né dette “*modificano di regola i concorsi già banditi, anche se retroattive, a meno che diversamente non sia espressamente stabilito dalle norme stesse*”. Tale precisazione risulta di fondamentale importanza anche per l'interpretazione circa la corretta applicazione del nuovo comma 1-bis dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, come introdotto dal Decreto-Legge 13/5/2011, n. 70 convertito in Legge 12/7/2011, n. 106, che specificamente indica le cause d'esclusione dalle pubbliche gare e conclude “*i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena d'esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle*”. Alla luce delle conclusioni assunte dall'Adunanza Plenaria può quindi ritenersi che tale disposizione “dirompente” per il concetto stesso di lex specialis - in quanto d'ora innanzi le Stazioni appaltanti non potranno più introdurre ulteriori cause d'esclusione non previste da detto art. 46, comma 1-bis ed inserire la richiesta di eventuali altri requisiti ma solo ai fini valutativi (e non più partecipativi) - non vale tuttavia per tutte le gare il cui bando risulti già pubblicato prima della data del 13/5/2011 d'entrata in vigore del Decreto-sviluppo (poi convertito in legge).

Avv. Andrea Stefanelli

**L'obbligo di segretezza dei plichi di gara e le modalità di loro conservazione devono essere adottati in tutte le gare, anche se la lex specialis non lo prevede espressamente**

Consiglio Stato, VI<sup>o</sup>, 23/6/2011, n. 3803

La Commissione di gara deve adottare tutte le misure idonee e necessarie a garantire la segretezza degli atti di gara nonché a conservare i plichi di partecipazione, cercando in tal modo di prevenire tutti i rischi di una loro eventuale manomissione, con l'espresso obbligo di verbalizzare le cautele assunte nonché l'indicazione del "nominativo di colui cui siano materialmente consegnati i plichi" nonché de "l'ufficio cui sono consegnati e [...] conservati", e la necessità di verbalizzare dette modalità

di conservazione dei plichi sussiste anche in assenza di un'espressa previsione nella lex specialis di gara, in quanto trattasi di una disposizione cd. "eterointegrativa" (cioè applicabile anche in assenza di un suo preciso obbligo disposto dagli atti di gara), poiché diretta derivazione "*dei principi enunciati dall'art. 97 Cost. di buon andamento e di imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa*".

Avv. Andrea Stefanelli

# Diritto delle Imprese

## SICUREZZA SUI LUOGHI DI LAVORO

**Il documento di valutazione dei rischi (d.lgs. 81/2008) deve essere rinnovato anche in caso di successione societaria**

Corte di Cassazione, 21/6/2011 n.24820

Il caso

La vicenda processuale da cui la Corte di Cassazione ha preso le mosse vedeva imputato il legale rappresentante di una società per avere omesso di elaborare il documento di valutazione dei rischi (DVR), compresa la programmazione delle misure da adottare per migliorare i livelli di sicurezza. L'imputato si difendeva sostenendo che il DVR ed il piano per migliorare le misure di sicurezza erano già state adottate dalla società che era stata assorbita da quella da lui rappresentata; le due società peraltro svolgevano la medesima attività negli stessi stabilimenti. Secondo la tesi della difesa pertanto la società subentrata avrebbe adempiuto ai propri obblighi facendo proprio il DVR e la programmazione della società assorbita.

La sentenza

La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso ritenendo che l'obbligo di redigere ed elaborare il DVR è posto dal D.Lgs. 81/2008 a carico del datore di lavoro e deve essere sempre attuale e pertinente alle concrete modalità di svolgimento del lavoro all'interno dell'azienda. Ancora una volta dunque la Corte di Cassazione ha ribadito la necessità di garantire la dinamicità del documento valutativo del rischio, che deve sempre essere adeguato ai mutamenti delle condizioni di lavoro o della situazione aziendale.

avv. Eleonora Lenzi

## GARANZIA NELLE VENDITE

**Il venditore deve risarcire anche le spese del consumatore**

(Corte di Giustizia UE, 16 giugno 2011, cause riunite C-65/09 e C-87/09.

In caso di vendita di beni di consumo, il venditore è tenuto a rispondere verso il consumatore di qualsiasi difetto di conformità del prodotto e la tutela del

consumatore si estende anche alle spese per il ripristino della conformità del bene, tutte addossate al venditore.

È quanto ribadito con la recente sentenza Corte di Giustizia UE, Prima Sezione, sentenza 16 giugno 2011, cause riunite C-65/09 e C-87/09.

Il caso esaminato dalla Corte si estendeva a due diverse fattispecie riguardanti, in entrambi i casi, l'acquisto e l'installazione di prodotti difettosi. La normativa di riferimento, del Parlamento UE 1999/44/CE, prescrive che se il bene venduto in buona fede dal venditore risulta difettoso, questi è tenuto a rimuoverlo dal luogo in cui il consumatore lo ha installato e a montarvi il bene sostitutivo.

La tutela del consumatore si estende - come già visto - anche alle spese per il ripristino della conformità del bene, mediante riparazione o sostituzione, che sono interamente addossate al venditore.

Solo qualora il ripristino risulterà impossibile, il compratore potrà pretendere la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto.

La Corte, pertanto, non considera iniqua la decisione di addossare al venditore le spese di rimozione del bene difettoso, per la seguente ragione: in una situazione in cui nessuna delle parti ha agito colpevolmente, ed in cui il compratore ha adempiuto correttamente ed integralmente la propria obbligazione, si ritiene legittimo porre a carico del venditore le spese per la rimozione e conseguente installazione del prodotto difettoso precedentemente venduto.

La sentenza stabilisce però anche che il rimborso può essere limitato a un importo proporzionato al valore del bene conforme e all'entità del difetto di conformità.

avv. Silvia Stefanelli

## DIRITTO DEL LAVORO

**È legittimo un licenziamento per giusta causa comprovato da controllo audiovisivo autorizzato?**

(Cass. Civ., Sez. Lav., 22/03/2011, n.6498)

La Suprema Corte di Cassazione ha stabilito la legittimità di un licenziamento comminato per giusta

causa, comprovato dalle riprese delle telecamere a circuito chiuso installate per motivi di sicurezza e prevenzione degli infortuni sul lavoro. In primo grado il Tribunale aveva respinto le richieste del datore di lavoro, stabilendo che le telecamere poste nei luoghi di lavoro non possono essere utilizzate per controllare l'attività dei lavoratori. La Corte d'Appello invece ha confermato, in riforma della sentenza di primo grado, la possibilità di avvalersi delle riprese video nell'ipotesi in cui il lavoratore sia edotto che la propria attività è sottoposta a registrazione per fini diversi da quelli del controllo datoriale. In tale ipotesi il lavoratore che ponga in essere condotte illecite (quale è quella di furto all'interno dell'azienda) ben può essere licenziato legittimamente anche se la prova del fatto deriva dalla ripresa delle telecamere. Tale ultimo orientamento è stato confermato dalla Cassazione che ha respinto il ricorso del lavoratore sul presupposto che "l'installazione di impianti audiovisivi autorizzati consentono il controllo diretto ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela dei beni estranei al rapporto stesso, dovendo escludersi che l'insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti possa assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore"

Dott. Andrea Marinelli

## PRIVACY

### La privacy nella gestione di rapporti di outsourcing

Provvedimento generale Garante privacy del 15 giugno 2011, n.230 (G.U.4 luglio 2011, n.153)

Quando un'azienda delega all'esterno un'attività, come banalmente accade con il consulente del lavoro o il commercialista, spesso omette di regolarizzare i rapporti sotto il profilo della privacy esponendosi così al rischio di rispondere per illeciti o carenze di terzi.

Rientra in queste ipotesi anche la commissione di una campagna pubblicitaria ad un'agenzia pubblicitaria o il conferimento di un mandato ad un agente, rapporti questi che hanno comportato sempre qualche dubbio

interpretativo in termini di responsabilità sotto il profilo del trattamento dati.

Ad esempio come sono suddivise le responsabilità in tema di trattamento dei dati dei consumatori/ utenti contattati dall'agente o dalle agenzie? Tale tema è oggi di grande attualità considerando l'entrata in vigore del registro delle opposizioni.

Molte infatti le segnalazioni arrivate al Garante della ricezione di comunicazioni indesiderate per finalità promozionale nonostante la registrazione nel Registro.

Vediamo di capire la problematica.

Un'azienda commissiona ad un agente o a un'agenzia pubblicitaria la realizzazione di una campagna promozionale che richiede di contattare telefonicamente degli utenti. La campagna quindi comporta un trattamento dati.

Chi è "responsabile" di quel trattamento?

Chi risponde degli eventuali illeciti dell'agenzia pubblicitaria? Come ci si può tutelare?

A questi interrogativi cerca di dare risposta il Garante nel Provvedimento generale del 15 giugno 2011, n.230: Titolarità del trattamento di dati personali in capo ai soggetti che si avvalgono di agenti per attività promozionali, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 4 luglio 2011, n.153.

Il provvedimento del Garante.

L'interessante provvedimento fornisce ai titolari del trattamento degli importanti elementi per gestire e organizzare la problematica privacy nei rapporti con le agenzie, applicabili tuttavia in tutti i casi di trattamento dati effettuato da soggetti terzi (ad es. commercialista, agente, etc..).

In sintesi il Garante ha precisato che le agenzie o gli agenti che in outsourcing effettuano trattamento di dati personali non possono essere considerati quali titolari autonomi di dati: solo formalmente, infatti, sono autonomi, sostanzialmente i veri e soli titolari sono le aziende/ committenti. Le aziende poi dovranno nominare, anche attraverso apposita clausola del contratto, le agenzie e gli agenti Responsabili del trattamento (art. 29 codice privacy), vincolandoli anche al rispetto di quanto previsto dalla nuova normativa sul telemarketing e sul Registro delle opposizioni.

Questo vale per qualsiasi tipo di marketing e di attività non solo promozionale delegate in outsourcing dal titolare del trattamento.

Nel caso del marketing, poi sono le aziende committenti che decidono sulle finalità delle campagne pubblicitarie, impartiscono istruzioni, anche attraverso modulistica ad hoc e controllano l'attività degli agenti. In generale quindi, l'esame dei trattamenti realizzati in outsourcing, che è uno degli elementi da descrivere nel DPS, è necessario anche per la realizzazione corretta delle nomine agli esterni secondo le figure previste dal codice. Nello stesso DPS gli agenti o le agenzie dovranno essere indicato come soggetti che trattano dati all'esterno.

Infine si precisa che il Garante, ha concesso 60 giorni di tempo alle aziende dalla pubblicazione del presente provvedimento per regolamentare i rapporti in outsourcing.

avv. Alessandra Delli Ponti

## **RESPONSABILITÀ IMPRESE (D.LGS. 231/2001)**

### **Il d.lgs. 231/2001 nelle holding**

Corte di Cass. 20/06/2011 n. 24583

La responsabilità amministrative delle imprese si applica alle holding solo quando l'amministratore di queste è direttamente coinvolto nell'affare illecito o è complice di chi ha commesso il reato. Smussa gli angoli la Corte di Cassazione nel riconoscere sempre e comunque la responsabilità amministrativa di una holding.

Una maxi inchiesta sulla sanità pugliese offre l'occasione alla Cassazione di fissare alcuni paletti sull'applicabilità della legge 231 in caso di holding. In particolare, ecco cosa ha precisato la Cassazione.

- La holding o altre società del gruppo possono rispondere ai sensi della legge 231 ma è necessario che il soggetto che agisce per conto delle stesse concorra con il soggetto che commette il reato: non è sufficiente un generico riferimento al gruppo per affermare la responsabilità della società ai sensi della 231.

- Il gruppo deve aver ottenuto dall'illecito qualche forma di utilità: "il reato presupposto sia stato commesso nell'interesse o vantaggio dell'ente, interesse o vantaggio che debbono essere verificati in concreto, nel senso che la società deve ricevere una potenziale o effettiva utilità, ancorché non necessariamente di carattere patrimoniale derivante dalla commissione del reato presupposto".

- I vertici del gruppo devono aver commesso un reato 231.

Assoluzione quindi nel caso esaminato dalla Corte per la holding coinvolta, poiché non vi era alcun elemento per ritenere che gli autori del reato avessero agito anche per l'interesse dell'Ente.

avv. Alessandra Delli Ponti

## **PUBBLICITÀ**

### **Vi può essere pubblicità occulta anche senza pagamento di somme di denaro**

Corte di Giustizia 9 giugno 2011 C-52/2010

Interessante sentenza della Corte di Giustizia 9 giugno 2011 C-52/2010 circa la pubblicità occulta di un trattamento odontoiatrico. Nella fattispecie esaminata dalla Corte, accadeva che un'emittente televisiva greca trasmetteva un servizio su un trattamento odontoiatrico che, secondo il Consiglio nazionale per la radiotelevisione greca, aveva le caratteristiche di pubblicità occulta. L'emittente televisiva eccepiva quanto contestatole sostenendo, che non essendo stato provato il pagamento di alcun corrispettivo, non era possibile dimostrare la sussistenza di una pubblicità occulta. In questo senso secondo la televisione greca non vi era violazione della Dir 89/552 si considera inoltre "intenzionale", la pubblicità realizzata dietro compenso o altro pagamento. La questione veniva, così, sottoposta all'attenzione della Corte di Giustizia che, allontanandosi da quanto disposto dalla direttiva n. 89/552, riteneva il pagamento non necessario per provare la clandestinità di uno spot. È vero, infatti, proseguiva la Corte, che l'art. 1 della direttiva considera "intenzionale" la presentazione di un servizio o di un prodotto, quando realizzata dietro compenso, ma il pagamento non è l'unico modo per dimostrare l'avvenuta pubblicità occulta: lo scopo pubblicitario non può essere negato solo per la mancanza del relativo pagamento.

Pertanto, a parere della Corte: "non può essere escluso che la normativa di uno Stato membro preveda, oltre all'esistenza di un compenso o altro pagamento, ulteriori criteri che consentano di ritenere provato il carattere intenzionale di una pubblicità clandestina". Per completezza si ricorda che la Dir. 89/552/CEE, recepita in Italia con il regolamento del Garante per la comunicazione n. 538/01, che tutela i consumatori contro le pubblicità occulte.

avv. Silvia Stefanelli

## Diritto della Sanità

### AUTORIZZAZIONE SANITARIA

#### Il trasferimento di un ambulatorio medico non richiede una nuova autorizzazione

(Consiglio Stato 19/3/2011 n. 1692)

Nello scarso (per non dire nullo) panorama giurisprudenziale delle sentenze relative all'autorizzazione sanitaria degli studi professionali si segnala la recente decisione del GIP di Bari del 27/4 2011 che ha mandato assolto un odontoiatra che aveva trasferito il proprio studio professionale (già autorizzato) dando solo una mera comunicazione al Comune.

Più esattamente questi sono i fatti. Un odontoiatra titolare di studio professionale debitamente autorizzato decideva di trasferire il proprio studio in altro indirizzo nell'ambito dello stesso comune. Anziché chiedere una nuova autorizzazione, provvedeva solo all'invio di una mera comunicazione al Comune stesso. A seguito di un controllo i NAS inviavano gli atti al PM competente, configurando la violazione dell'art. 193 del T.U.LL.SS.: ciò in quanto la mera comunicazione del trasferimento non avrebbe configurato (secondo i NAS) una procedura autorizzativa valida. In altre parole l'odontoiatra pur provvisto di autorizzazione relativamente al primo studio, non sarebbe risultato autorizzato nel secondo studio. Di diverso avviso il GIP di Bari che con la sentenza indicata fa chiarezza su tale materia. Secondo il giudice infatti il mero trasferimento da un luogo, peraltro nell'ambito dello stesso territorio comunale, di un ambulatorio medico non richiede un nuovo rilascio della prescritta autorizzazione. Ed ancora si legge in sentenza che: *“ .Quella prevista dall'art. art. 193 t.u. 27 luglio 1934 n. 1265 presuppone la verifica della idoneità igienico-sanitaria che coinvolge non solo gli ambienti in senso stretto ma, più in generale, anche l'affidabilità della struttura nel suo complesso, tenendo conto anche delle attrezzature, delle apparecchiature e della loro organizzazione-conduzione da parte del soggetto richiedente, nonché di ogni altra circostanza che possa comunque influire sulla qualità del servizio”*. Pertanto secondo il giudice, poiché l'ambulatorio controllato dai NAS non aveva una struttura e un apparato organizzativo diverso rispetto a quello precedentemente esercitato dall'imputato, non deve considerarsi necessaria una nuova autorizzazione.

avv. Silvia Stefanelli

### RESPONSABILITÀ ERARIALE

#### Interessante sentenza – anche alla luce della mediazione - sul rapporto tra accordo transattivo e responsabilità erariale

(Corte dei Conti 1/2/2011)

È ormai prassi costante che alla cura del paziente ed al conseguente trattamento sanitario concorra un'equipe di professionisti; si definisce pertanto attività medico-chirurgica in equipe quella contraddistinta dalla partecipazione e collaborazione di più professionisti medici e sanitari che operano, interagendo tra loro, allo scopo di raggiungere un fine comune: la cura del paziente. Ostacoli al raggiungimento del predetto fine potrebbero determinare una responsabilità corale d'equipe, in merito alla quale si è di recente pronunciata la Corte dei Conti Lombardia con la recente sentenza del 1/2/2011. Il caso è quello di un pacco di garze dimenticate nell'addome di una paziente nel corso di un parto cesareo. A seguito di tale fatto l'ospedale raggiungeva un accordo transattivo con il paziente e quindi pagava un risarcimento danni. A quel punto la procura regionale della Corte dei Conti conveniva in giudizio un medico ginecologo per sentirli condannare al pagamento, in favore dell'azienda ospedaliera, della somma pagata da quest'ultima a titolo transattivo. Data piena dimostrazione del nesso causale, ossia della circostanza che la garza fosse stata dimenticata dall'equipe medica proprio nel corso del predetto intervento, si riconosceva accanto alla responsabilità contabile del medico ginecologo ed altresì quella corale dell'intera equipe. Ed infatti, per l'attività di rimozione delle garze, si ravvisava una specifica responsabilità degli infermieri e strumentisti adibiti a tale compito nonché, ovviamente, del chirurgo, in quanto responsabile della buona riuscita dell'intervento nel suo complesso. In ragione di tale responsabilità diffusa, la quota di danno riconducibile al comportamento gravemente colposo del medico ginecologo veniva determinata in una quota pari al 60% della somma pagata a titolo transattivo, rispondendo quest'ultimo solo delle conseguenze della scarsa attenzione posta in essere nella qualità sia di membro dell'equipe, sia di supervisore del lavoro della stessa in qualità di chirurgo.

avv. Silvia Stefanelli

**CALENDARIO:****LUGLIO**

**29 luglio 2011: Ruolo e Responsabilità del Delegato alla sicurezza** (avv. Alessandra Delli Ponti)

**SETTEMBRE**

**23 settembre '11: La perenne riforma del codice dei contratti pubblici: le novità introdotte dal decreto legge 70/2011** (avv. Andrea Stefanelli)

**OTTOBRE**

**1 ottobre '11: Conciliazione e mediazione: ambiti di applicazione e prospettive** (avv. Silvia Stefanelli)

**4 ottobre '11 : Studi clinici sui prodotti cosmetici** (avv. Silvia Stefanelli)

**27 ottobre '11: Le gare e i contratti in ambito sanitario: dalle modalità di acquisto alla particolare formulazione dei contratti** (avv. Andrea Stefanelli)

**NOVEMBRE**

**17 novembre '11: Le gare e i contratti in ambito sanitario: dalle modalità di acquisto alla particolare formulazione dei contratti** (avv. Andrea Stefanelli)

**27 novembre 2011: Le gare e i contratti in ambito sanitario: dalle modalità di acquisto alla particolare formulazione dei contratti** (avv. Andrea Stefanelli)

## Comunicazioni

Lo Studio Legale Stefanelli resterà chiuso dal 13 al 21 agosto compresi.

**Si ricorda che il nuovo numero di fax dello Studio è:  
+390510821641**

Chiunque fosse interessato a ricevere copia dei documenti relativi alle notizie segnalate può richiederle direttamente all'indirizzo [s.stefanelli@studiolegastefanelli.it](mailto:s.stefanelli@studiolegastefanelli.it)