

STUDIO LEGALE **STEFANELLI**

## Lettera Informativa Novembre - Dicembre 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 6241212  
[www.studiolegalestefanelli.it](http://www.studiolegalestefanelli.it)

### INDICE

#### **Convegni**

##### **Diritto degli Appalti**

Per la prima volta e' chiarito come la richiesta della certificazione ISO 14001 in una gara di forniture sia un requisito sproporzionato	3
Modificazioni degli importi delle soglie comunitarie	3
L'omologazione e/o l'autorizzazione all'immissione in commercio di un prodotto e' requisito indefettibile ai fini partecipativi di una pubblica gara	3
L'art. 46, comma 1-bis e la rivoluzione copernicana	4

##### **Diritto delle Imprese**

PAGAMENTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE	5
Quando il debitore e' una P.A. - giudizio di Ottemperanza - nomina del Commissario ad acta	5
SILENZIO DELLA P.A.	
Non basta l'indizione di una conferenza di servizi a sollevare l'amministrazione dall'obbligo di concludere il procedimento nei termini di legge.	6
DIRITTO DEI MARCHI	
Quando la tutela dei diritti di proprietà intellettuale transita in dogana	6
RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELLE IMPRESE	
Le motivazioni della sentenza Thyssen	7

##### **Diritto della Sanità**

La consegna al paziente dei documenti sanitari è un obbligo	9
Per la Toscana il punto prelievi non necessita di autorizzazione	9
E' lecito per un professionista fare pubblicità relativa allo sconto applicato agli onorari delle prestazioni erogate?	9

#### **Comunicazioni**

# Convegni

---

## **MEDIAZIONE**

*avv. Silvia Stefanelli*

*La mediazione in responsabilità odontoiatrica è percorribile?*

*28 gennaio 2012 - Siola, Pisa,*

## **RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELLE IMPRESE**

*avv. Andrea Stefanelli*

*La scelta dell'Organismo di Vigilanza: non è solo una questione di costi. Composizione, compiti e ruolo.*

*24 gennaio 2012 - Bologna*

## **RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELLE IMPRESE**

*avv. Alessandra Delli Ponti*

*La responsabilità amministrativa degli enti, il nuovo ruolo del Modello 231/2001, Analisi del rischio, Principi etici e Protocolli di controllo*

*24 gennaio 2012 - Bologna*

## **APPALTI**

*avv. Andrea Stefanelli*

*La fase di esecuzione del contratto artt. 297 - 311 del regolamento*

*16 dicembre 2011 Milano*

## **APPALTI**

*avv. Andrea Stefanelli*

*Il nuovo art. 46, comma 1°-bis e l'attuale sistema di esclusione dalle pubbliche gare*

*23 febbraio 2012*

## Diritto degli Appalti

### **Per la prima volta e' chiarito come la richiesta della certificazione ISO 14001 in una gara di forniture sia un requisito sproporzionato**

Consiglio Stato, III<sup>o</sup>, 7/12/2011, n. 6466

Apriamo questa newsletter con un'interessantissima sentenza del Consiglio di Stato che, affrontando la questione relativa alla correttezza della richiesta del possesso della certificazione di qualità aziendale ISO 14001 per la partecipazione ad una gara di pubbliche forniture (dispositivi medici), con una motivazione molto penetrante ha stabilito che *“la certificazione ISO 14001 attiene esclusivamente ai processi produttivi utilizzati nell'organizzazione imprenditoriale [...] pertanto non è una certificazione del prodotto, o del suo uso, ma delle metodiche utilizzate per la sua realizzazione, [e quindi] senza alcuna ricaduta positiva sui territori e sugli enti destinatari della fornitura ma, al piu', sui luoghi di produzione”*. Partendo da questa corretta considerazione è stato quindi ritenuto incongruo e sproporzionato vincolare la partecipazione ad una gara per la fornitura di beni ai soli produttori in grado di dimostrare il possesso della certificazione ISO 14001 in quanto, secondo il Supremo Consesso, il vantaggio (innegabile) di possedere una certificazione ambientale, non ripercuotendosi comunque sul prodotto venduto, non può comportare un vantaggio per l'acquirente finale – e, piu' in generale, per il suo territorio – di tal chè limitare la partecipazione ai soli produttori dotati di detta certificazione, in quanto requisito *“inidoneo a generare ricadute virtuose durante l'esecuzione del contratto”*, è incongruo e sproporzionato.

Avv. Andrea Stefanelli

### **Modificazioni degli importi delle soglie comunitarie**

Regolamento CE n. 1251 del 30/11/2011

Con il citato Regolamento la Comunità Europea ha previsto che, a far data dal 1/1/2012, gli importi di cui all'art. 7 della direttiva 2004/18/CE (recepito poi nell'art. 28 D.Lgs.n. 163/2006), subiscano i seguenti aggiornamenti:

- gli appalti per forniture e servizi indette da PP.AA. statali passano dal valore di 125.000 a 130.000 €
- gli appalti per forniture e servizi indette da PP.AA. non statali passano da 193.000 a 200.000 €
- gli appalti per lavori passano dal valore di 4.845.000 € al valore di 5.000.000 €

Avv. Andrea Stefanelli

### **L'omologazione e/o l'autorizzazione all'immissione in commercio di un prodotto e' requisito indefettibile ai fini partecipativi di una pubblica gara.**

Consiglio Stato, IV<sup>o</sup>, 2/12/2011, n. 6376

Per poter legittimamente concorrere ad un procedura di gara il prodotto offerto deve già possedere l'omologazione (se richiesta) oppure, il produttore concorrente, deve possedere l'autorizzazione all'immissione in commercio del medesimo prodotto (sempre se necessaria), non potendo dette risultare “eventuali” (ovvero successive) all'aggiudicazione stessa perché, se così fosse, detta aggiudicazione risulterebbe condizionata dall'ottenimento di tali autorizzazioni. Ciò significa, da un lato, che la Pubblica Amministrazione non può, nel definire l'oggetto di una gara, indicare prodotti che non siano ancora commercializzati così come, dall'altra parte, un operatore economico non può concorrere ad un pubblico incanto offrendo prodotti che non siano stati ancora autorizzati all'immissione in commercio, in quanto l'incommerciabilità ne impedisce l'offerta stessa; da tali considerazioni discende pertanto l'assunto che *“laddove la documentazione di gara prescrive che i prodotti devono essere omologati, essa richiede che il prodotto considerato nell'offerta sia già omologato (e quindi commerciabile) al momento di presentazione dell'offerta medesima”*.

Avv. Andrea Stefanelli

## L'art. 46, comma 1-bis e la rivoluzione copernicana

T.A.R. Latina, I°, 1/12/2011, n. 991

T.A.R. Roma, I°bis, 6/12/2011, n. 9597

T.A.R. Venezia, I°, 2/12/2011, n. 1791

Come immaginabile, dopo i primi mesi di “pallida” applicazione ecco che lentamente – ma non meno “prepotentemente” – s’assiste con sempre maggior frequenza a pronunce che affrontano il portato del recente art. 46, comma 1°bis del D.Lgs. n. 163/2006 (come introdotto dal D.L.n. 70/2011, poi convertito in L.n. 106/2011), che recita *“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

Dopo il TAR Venezia – che risulta esser stato il primo, con la sentenza 13/9/2011, n. 1376 (poi confermata dal Consiglio di Stato, anche se solo in sede cautelare, con l’Ordinanza n. 4666/2011) - ecco che anche altri Tribunali Amministrativi Regionali hanno iniziato pian piano ad assumere pronunce applicative del nuovo

disposto normativo che, di fatto, ha depotenziato la portata della “lex specialis”.

Così, in ordine temporale, prima il TAR Latina ha ritenuto illegittima l'esclusione comminata ai danni di una concorrente che non aveva provveduto al deposito, in sede di gara, del “verbale di sopralluogo” (ancorché richiesto a pena d'esclusione), in quanto non esiste alcuna disposizione di legge che preveda tale obbligo documentale (che pertanto deve ritenersi nullo), mentre la seconda sentenza è del TAR Roma, che invece respinge il ricorso di un concorrente escluso per non aver allegato la fotocopia della carta d'identità del sottoscrittore ai fini dell'autocertificazione, ritenendo - al contrario - che il D.P.R. n. 445/2000 (art. 38) imponga invece *ex lege* l'obbligo di detta allegazione (e proprio ai fini della validità dell'autocertificazione medesima).

Infine ancora una sentenza del TAR Venezia, che ribadisce come l'art. 75 codice appalti disponga l'obbligatorietà solo al comma 8° - relativo all'impegno del fideiussore a rilasciare cauzione definitiva in caso d'aggiudicazione da parte del garantito – ma non di altri adempimenti, ragion per cui il non corretto importo del deposito cauzionale provvisorio depositato non può essere valido motivo d'esclusione.

Vi è da credere che si continuerà a parlare molto di questo art. 46, comma 1-bis.

Avv. Andrea Stefanelli

## Diritto delle Imprese

### PAGAMENTI DELLA PUBBLICA

#### AMMINISTRAZIONE

#### Quando il debitore e' una P.A. - giudizio di Ottemperanza – nomina del Commissario ad acta

Torniamo ad occuparci della (annosa) questione relativa ai ritardi nei pagamenti ad opera delle PA, in particolare con riferimento a crediti pecuniari vantati da un appaltatore privato nei confronti di una Stazione Appaltante pubblica. Occorre premettere, a tal proposito, che la P.A., al pari di qualsiasi altro soggetto, nel momento in cui ritarda od omette un pagamento dovuto diviene, a tutti gli effetti, un “debitore” vero e proprio – senza alcuna differenza rispetto ad un debitore privato - ed il nostro ordinamento prevede la possibilità, a favore di qualunque creditore munito di un titolo esecutivo, di procedere nei confronti del proprio debitore – indipendentemente dal fatto che sia un privato oppure una Pubblica Amministrazione – con le procedure di espropriazione mobiliare, immobiliare o con un pignoramento presso terzi soggetti. Nel caso in cui il debitore sia un’Amministrazione “statale” oppure un Ente pubblico economico, tuttavia, la legge prevede una procedura per così dire “allungata”, nonché dispone alcune limitazioni in ragione della qualità soggettiva del creditore. Fra tutti merita menzione quanto disposto dall'art. 14, comma 1 D.L. 669/96, secondo cui *“le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici economici completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali [...] entro il termine di 120 giorni dalla notificazione del titolo esecutivo [...] prima di tale termine il creditore non può procedere ad esecuzione forzata né alla notifica del precetto”*.

Strumento alternativo alle procedure esecutive civili risultano essere i giudizi d’ottemperanza, che ogni creditore può attivare avverso un debitore “Pubblica Amministrazione” tramite ricorso da presentare ai Tribunali Amministrativi Regionali. La disciplina di tali giudizi, prevista nel recente Codice del processo amministrativo (artt. 112 e segg.), nulla ha a che vedere con le espropriazioni di stampo civilistico, prevedendo l'art. 112 comma 2 lett.d) del suddetto

codice la proponibilità di un ricorso da parte dell'appaltatore-creditore munito di *“sentenza passata in giudicato [...] o provvedimenti ad essa equiparabili [...] con finalità di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione”*. Salvo alcuni aspetti formali (da valutare “caso per caso”) il giudizio d’ottemperanza, se accolto dal Giudice amministrativo, prevede la nomina coattiva di un *Commissario ad acta* il quale, munito dei necessari poteri, provvede “materialmente” ad obbligare la P.A. debitrice al pagamento della somma dovuta; il compito del Commissario ad acta consiste quindi, essenzialmente, nell'adozione di quei provvedimenti amministrativi che si rendano necessari o per riempire il vuoto (conseguente all'inerzia) dell’Amministrazione oppure per sostituire l'attività (illegittima) posta in essere da quest'ultima. Di fatto, dunque, il Commissario così nominato si “sostituisce” all’Amministrazione inadempiente, evitando in tal modo al creditore procedente il difficile onere d’individuare quei beni pubblici da espropriare (attività, invece, assolutamente necessaria nelle procedure esecutive di natura “civilistica, come l’espropriazione o il pignoramento c/o terzi), senza contare poi come un eventuale reiterato inadempimento della Pubblica Amministrazione potrebbe comportare, alla stessa P.A., possibili problematiche e responsabilità da valutarsi innanzi alla competente Corte dei Conti.

Per questo motivo **si suggerisce a tutti i privati creditori di somme (anche importanti) nei confronti di Pubbliche Amministrazioni inadempienti** (magari da anni), di non “rinunciare a priori” a pretendere le loro somme ma di valutare attentamente l’opportunità di procedere - nei confronti di dette P.A. debtrici - non con gli strumenti civilistici del pignoramento o dell’espropriazione (molto spesso lunghi, costosi ma, soprattutto, inadeguati ad “obbligare” le PP.AA. al pagamento di quanto dovuto - ma con un giudizio d’ottemperanza che vede la nomina di un Commissario ad acta il quale, solitamente, “spaventa” molto di più i funzionari pubblici di quanto non possa fare l’Ufficiale Giudiziario pignorante.

Avv. Adriano Colombari

## SILENZIO DELLA P.A.

### **Non basta l'indizione di una conferenza di servizi a sollevare l'amministrazione dall'obbligo di concludere il procedimento nei termini di legge.**

Consiglio di Stato Sez. V 7/11/2011 n. 5878

Con la sentenza in questione il Consiglio di Stato ha statuito come l'indizione di una Conferenza di servizi ai sensi dell'art. 14 della L 241/1990, in quanto atto infraprocedimentale, istruttorio per antonomasia, non rappresenti idoneo atto d'adempimento da parte dell'Amministrazione procedente all'obbligo di concludere il procedimento entro i termini previsti all'art. 2 della medesima legge sul procedimento amministrativo.

Questi i fatti oggetto del giudizio.

La società X, intendendo installare una centrale di produzione di energia elettrica di fonte eolica, richiedeva regolarmente l'autorizzazione ex art. 12 D.lgs. 387/2003 alla Regione Calabria ma l'amministrazione tuttavia rimaneva inerte, non adottando alcun provvedimento. Scaduti i termini stabiliti per la conclusione del procedimento (90 gg.) la società X ricorreva allora al TAR Calabria avverso il silenzio-inadempimento dell'amministrazione Regionale, ma il giudice amministrativo adito dichiarava tuttavia il ricorso improcedibile, in quanto nel frattempo la Regione aveva indetto la Conferenza di servizi volta a completare l'iter istruttorio.

Avv. Edoardo Di Gioia

## DIRITTO DEI MARCHI

### **Quando la tutela dei diritti di proprietà intellettuale transita in dogana**

Corte Giustizia 1/12//2011, C- 446/09 e 495/09

Nel territorio dell'Unione Europea, i diritti di proprietà intellettuale possono trovare tutela giuridica anche in dogana. O meglio, anche le autorità doganali dei paesi membri UE possono adottare misure contro i casi di contraffazione di merci; in che modo lo ha stabilito ultimamente la Corte di Giustizia dell'Unione con la

recentissima sentenza del 1° dicembre 2011, relativa ai procedimenti riuniti C – 446/09 e C – 495/09.

Questi i casi da cui ha tratto origine la pronuncia della Corte.

Il caso C- 446/09 è nato in Belgio nel 2002, quando, durante una ispezione, le autorità doganali belghe rinvenivano un carico di rasoi elettrici provenienti dalla Cina ed assai somiglianti ad alcuni modelli di rasoio prodotti dalla società Philips.

In ragione della tutela esistente a carico dei modelli Philips – registrati in vari paesi, compreso il Belgio - le autorità doganali, sospettando un caso di contraffazione, procedevano al blocco delle merci. La società Philips, a sua volta, avviava un procedimento giudiziario avanti al Tribunale civile di Anversa contro le società responsabili, rispettivamente, della produzione, commercializzazione e trasporto dei rasoi, chiedendo al Giudice adito di dichiarare la violazione ad opera di tali imprese dei propri diritti di esclusiva, nonchè di disporre il risarcimento dei danni e la distruzione delle merci rinvenute.

Il caso C – 495/09 aveva invece origine nel luglio 2008 presso l'aeroporto di Heathrow (Regno Unito), ove le autorità doganali, ispezionando una partita di merci, avevano rinvenuto telefoni cellulari ed accessori provenienti da Hong Kong e diretti in Colombia e riportanti un segno identico al noto marchio Nokia. Alla luce della scoperta del marchio, le autorità doganali inviavano alcuni campioni alla Nokia, la quale, nel confermare che si trattasse di un caso di contraffazione, chiedeva loro di bloccare il carico in questione.

Poichè le autorità doganali non aveva accolto la richiesta di blocco, la Nokia contestava il provvedimento della Dogana inglese avanti alla giustizia inglese.

Le Corti adite nei casi esposti ritenevano di sottoporre le questioni alla Corte di Giustizia dell'Unione, nelle forme del seguente quesito: possono considerarsi contraffatte e/o usurpative ai sensi del diritto dell'Unione merci provenienti da uno stato terzo ed in transito (o immagazzinate presso un deposito doganale dell'Unione) per il solo fatto di essere state introdotte presso dogane UE, anche se, concretamente, non immesse in commercio sul territorio europeo?

Onde rispondere al quesito sottoposto, la Corte di Giustizia ha preso in esame la normativa europea in materia doganale, analizzando, in quanto applicabili ai

casi in esame, le norme per il blocco provvisorio di merci in condizioni di “transito esterno” (intendendosi per quest’ultimo, ex art. 91 “Codice Doganale Comunitario” - Reg. CE 23 aprile 2008 n. 450, i casi di transito di merci non comunitarie “da una località all’altra del territorio doganale della Comunità”)

Sulla base della normativa analizzata, la Corte di Giustizia ha ritenuto che il mero passaggio di merce non comunitaria nel territorio doganale dell’Unione – poi destinata ad essere recapitata ad altri paesi non UE - non possa di per sè configurare un caso di lesione dei diritti di proprietà intellettuale altrui in base al diritto europeo. Più precisamente, secondo quanto sancito dalla Corte, affinché possa configurarsi un caso di contraffazione, occorre che la merce in questione formi oggetto di veri e propri atti di immissione in commercio sul territorio comunitario (vendita, messa in vendita, pubblicità rivolta a consumatori comunitari, etc.)

Onde, poi, valutare quando sussistano – o, semplicemente, quando esista il rischio che possano sussistere - detti atti commerciali, secondo la Corte le autorità doganali potranno fare riferimento a alla ricorrenza di vari “indizi”, quali: assenza di informazioni precise e/o affidabili sull’identità o indirizzo del produttore o dello speditore delle merci, mancanza di collaborazione con le autorità doganali, scoperta di documenti sulle merci atti a far ritenere che tali merci possano essere commercializzate a cittadini comunitari. Pertanto, ricorrendo tali elementi, la Corte reputa che, in caso di arrivo presso il territorio doganale di merci “sospette”, le Autorità doganali ben possano adottare dei provvedimenti di sequestro a loro carico, quando vi sia, cioè, il fondato timore che gli operatori coinvolti nella produzione/spedizione/distribuzione delle merci siano sul punto di dirigere le merci stesse verso i consumatori dell’Unione o dissimulino tale propria intenzione.

Avv. Valeria Fabbri

## **RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELLE IMPRESE**

### **Le motivazioni della sentenza Thyssen**

Corte d’assise Tribunale Torino 15/4/2011

Nel mese di novembre sono state pubblicate le motivazioni alla oramai famosa sentenza Thyssen. Per completezza si ricorda che, in materia di reati di cui

al Decreto legislativo 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli Enti, la società ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni Spa è stata condannata:

- al pagamento della sanzione di 1 milione di euro;
- all'esclusione da contributi e sovvenzioni pubbliche per sei mesi,
- al divieto di pubblicizzare i prodotti sempre per sei mesi,
- alla confisca di 800.000 euro, con la pubblicazione della sentenza sui quotidiani nazionali.

Delle complesse argomentazioni che la Corte ha con chiarezza illustrato si ritiene doveroso qui evidenziare alcuni punti evidenziati dalla stessa Corte in merito alle sanzioni 231 applicate al caso.

### **NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA AI SENSI DEL D.LGS. 231/2001**

La Corte è ritornata sulla natura giuridica della Responsabilità introdotta dal D.lgs. 231/2001, tema molto dibattuto in dottrina e in giurisprudenza, riprendendo alcune pronunce della Corte di Cassazione e ribadendo, che *“la volontà del legislatore [...] fosse quella di introdurre una nuova forma di responsabilità, tipica degli enti: di natura amministrativa, con garanzie procedurali che richiamano quelle processualpenalistiche, con sanzioni innovative in quanto non assimilabili né alle pene né alle misure di sicurezza.”*

Si tratta quindi di un *“tertium genus”* di responsabilità nonostante contenga principi e concetti propri della sfera penale (cft. Sentenza Suprema Corte, n. 26654/08 e n. 36083/09).

### **INTERESSE O VANTAGGIO**

La Corte si è poi soffermata valutando l’interesse o vantaggio della società nella mancata adozione delle misure richieste per la salute e sicurezza dei lavoratori, precisando che *“le gravissime violazioni della normativa antinfortunistica ed antincendio (v. i vari capitoli precedenti), le colpevoli omissioni, sono caratterizzate da un contenuto economico rispetto al quale l'azienda non solo aveva interesse, ma se ne è anche sicuramente avvantaggiata, sotto il profilo del considerevole risparmio economico che ha tratto omettendo qualsiasi intervento nello stabilimento di Torino; oltre che dell'utile contemporaneamente ritratto dalla continuità della produzione.”*

La Corte ritiene che quanto appena esposto, consistente nel collegare il requisito dell'interesse della persona fisica, dell'interesse o del vantaggio dell'ente non all'evento bensì alla condotta penalmente rilevante della persona fisica corrisponda ad una corretta applicazione della norma ai reati colposi, in particolare a quello di cui all'art. 589 2° comma c.p..”

**ADOZIONE, PRIMA DELLA COMMISSIONE DEL FATTO, DI MODELLI DI ORGANIZZAZIONE E DI GESTIONE IDONEI COME ESIMENTE DELLA PERSONA GIURIDICA**

Nel caso di specie l'Ente si era difesa sostenendo di avere comunque adottato un Modello Organizzativo prima del verificarsi dell'evento. La Corte ha, tuttavia, accertato che tale Modello non era stato adottato prima dell'incidente del 6/12/2007, infatti solo durante il Consiglio di Amministrazione del 21/12/2007 erano state approvate le modifiche del preesistente "modello organizzativo" aggiungendovi le parti relative proprio all'omicidio colposo aggravato dalla violazione delle norme antinfortunistiche.

Secondo la Corte, l'assenza del modello sarebbe dimostrata non solo da un punto di vista formale ma anche da un punto di vista sostanziale, visto che il membro dell'Organismo di Vigilanza di cui all'art. 6 lett b) del D.lgs. 231/2001 esperto in materia di sicurezza sia stato nominato nel dicembre 2007.

Vista, pertanto, l'assenza effettiva di un modello organizzativo al momento dell'incidente la Corte non ha ritenuto necessario esaminare nel merito il modello organizzativo.

La Corte ha, tuttavia, espresso il proprio parere in merito al membro dell'OdV scelto quale esperto della sicurezza. L'ente, infatti, aveva nominato il proprio dirigente responsabile del settore sicurezza sul lavoro membro dell'OdV.

Sul punto la Corte ha precisato che *“questa circostanza, di per sé sola, induca a ritenere che il modello adottato, nel periodo preso in considerazione, **non poteva essere stato reso operativo, tanto meno in modo efficace, sottolineando che tale organismo deve essere dotato, secondo il citato art. 6, di "autonomi poteri di iniziativa e di controllo"**: non è necessario spendere ulteriori parole sulla "autonomia" del controllore quando è la stessa persona fisica del controllato.*”

Avv. Alessandra Delli Ponti

## Diritto della Sanità

### La consegna al paziente dei documenti sanitari è un obbligo

Tribunale Foggia 20 settembre 2011

Il tema è uno di quelli che si pone più frequentemente in sanità: il paziente si fa curare, per qualsiasi motivo non è contento e decide di cambiare sanitario e chiede la documentazione sanitaria.

Domanda: **il sanitario è tenuto o meno a consegnare tale documentazione?**

La decisione del Tribunale di Foggia riguarda un odontoiatra, ma reputo che il principio giuridico possa trovare applicazione per tutte le altre branche.

Il caso è molto comune: un odontoiatra viene citato in giudizio da una paziente perché insoddisfatto dei risultati: tra i profili sollevati in causa vi è anche l'illiceità del rifiuto di restituire alla paziente i documenti sanitari, alcuni consegnati dalla paziente stessa all'inizio delle cure, altri redatti dal dentista stesso.

Il Tribunale di Foggia, con sentenza citata ha dato ragione alla paziente in forza dell'art. 2235 c.c. - Divieto di Ritenzione che così sancisce: Il prestatore d'opera non può ritenere le cose e i documenti ricevuti, se non per il periodo strettamente necessario alla tutela dei propri diritti secondo le leggi professionali

Trascorso tale periodo, ha affermato il Tribunale, la richiesta del cliente deve essere soddisfatta.

Nel caso concreto, visto che il rapporto di cura era già stato interrotto, la paziente aveva tutto il diritto di vedersi restituire i documenti sanitari che la riguardavano e non c'era motivo perché il dentista si rifiutasse di consegnarli.

Vi è poi un epilogo economico: per il suo comportamento ingiustificato, il professionista è stato condannato a pagare 9.000 euro di risarcimento per danno non patrimoniale, oltre alle spese di giudizio.

Avv. Silvia Stefanelli

### Per la Toscana il punto prelievi non necessita di autorizzazione

TAR Toscana – Sez. II; Sent. n. 1428 del 27.09.2011

Nel corso di un sopralluogo dell'autorità sanitaria veniva riscontrato che la dottoressa titolare dello studio effettuava

presso lo stesso prelievi ematici, che venivano poi analizzati in un distaccato laboratorio di analisi.

Con decreto dirigenziale del Comune veniva disposta la chiusura del punto prelievi perché ritenuto privo della necessaria autorizzazione.

il provvedimento veniva impugnato davanti al TAR Toscana.

il tribunale rilevava che il Comune dirigente comunale aveva accumulato, sotto il profilo della normativa applicabile, l'attività di «prelievo del sangue» con quella di «gabinetto di analisi».

al contrario un conto è l'attività di «prelievo del sangue», consentita senza autorizzazione regionale (come confermato anche dalla possibilità di effettuare liberamente prelievi presso domicilia dei pazienti) un conto è quella di «gabinetto di analisi», sottoposta ad autorizzazione in quanto mediante la stessa si provvede anche a refertazione degli esiti della processazione conseguente al prelievo ematico, come infondo l'espressione «analisi» chiarisce sotto un profilo puramente letterale.

Pertanto il Tar Toscana accoglieva il ricorso proposto annullando il provvedimento impugnato con cui era stata disposta la chiusura del punto prelievi.

Avv. Silvia Stefanelli

### E' lecito per un professionista fare pubblicità relativa allo sconto applicato agli onorari delle prestazioni erogate?

Sentenza TAR Umbria n. 374/2011

Un interessante tema affrontato dal TAR Umbria con la sentenza 374/2011 relativo alla applicazione del Decreto Bersani circa lo sconto effettuato dai notai e pubblicizzato alla popolazione.

La controversia nasce da una delibera del Consiglio Notarile di Perugia con la quale, allo scopo di porre un freno alla "progressiva diffusione di fenomeni di reclutamento di lavoro attraverso "la pratica dello sconto" accompagnata dalla sbrigatività (a dir poco) delle prestazioni" ha ritenuto che "la sistematica riduzione degli

onorari fissati dalla tariffa elaborata dal Consiglio per le prestazioni pubbliche costituisce un'ipotesi di illecita concorrenza sanzionabile ai sensi dell'art. 147 legge notarile"; con l'obiettivo poi di verificare l'ampiezza del fenomeno veniva stabilito che:

- l'obbligo di trasmissione dei preventivi alla segreteria del Consiglio;
- l'obbligo entro il 31 marzo di inviare sempre alla segreteria del Consiglio copia della dichiarazione IVA relativa all'anno precedente (II);
- l'obbligo di inviare semestralmente il repertorio degli atti;

tale decisione del Consiglio del Notariato viene impugnata da due notai di Perugia che sostengono:

- a) la non sussistenza di un potere generalizzato del Consiglio sui Repertori
- b) l'illegittimità della previsione dello sconto come concorrenza sleale

Il Tar ha dato ragione ai due notai.

I giudici infatti hanno evidenziato che i Collegi notarili hanno un potere di controllo sui comportamenti dei notai e questi ultimi hanno un obbligo di collaborazione e comunicazione; ma il nodo della questione sta nella finalità per il cui perseguimento vengono imposti gli specifici obblighi di comunicazione.

Ebbene, nel caso in esame, la finalità, esplicitata, è quella di accertare (per poter eventualmente sanzionare) se, da parte di chi ed in quali circostanze, si sia verificata la "sistematica riduzione degli onorari fissati nella tariffa", nella convinzione che essa "costituisce un'ipotesi di concorrenza illecita sanzionabile ai sensi dell'art. 147 l.n."

Tenuto però conto dei contenuti della intervenuta legge 248/2006 (decreto Bersani) e dell'abrogazione delle tariffe (afferzata anche dalla Corte di Cassazione III, 15 aprile 2008, n. 9878 e 18 marzo 2008, n. 7274), lo sconto effettuato sulle tariffe non può più configurare ipotesi di concorrenza sleale.

Inoltre i giudici, per rafforzare la loro tesi, hanno altresì richiamato in sentenza la Manovra di agosto 2011 - DL 138/2011 il quale all'art. 3, comma 8 dispone che "Le restrizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività economiche previste dall'ordinamento vigente sono abrogate quattro mesi dopo l'entrata in vigore del presente decreto", laddove, ai sensi del successivo comma 9, "Il termine "restrizione", ai sensi del comma 8, comprende: (...h) l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la

fornitura di beni o servizi, indipendentemente dalla determinazione, diretta o indiretta, mediante l'applicazione di un coefficiente di profitto o di altro calcolo su base percentuale; (...)"

Pertanto ormai abrogata ogni disposizione sull'inderogabilità dei minimi tariffari, non può ritenersi più legittima l'affermazione, contenuta nelle premesse della deliberazione del Consiglio Notarile, secondo cui "la sistematica riduzione degli onorari fissati nella tariffa elaborata dal Consiglio per le prestazioni pubbliche costituisce un'ipotesi di illecita concorrenza sanzionabile ai sensi dell'art. 147 l.n."

Avv. Silvia Stefanelli

**CALENDARIO:**DICEMBRE

**16** : La fase di esecuzione del contratto artt. 297 – 311 del Regolamento, DPR n. 20/2010  
avv. Andrea Stefanelli

GENNAIO

**24** : La responsabilità amministrativa degli enti,  
avv. Andrea Stefanelli e  
avv. Alessandra Delli Ponti

**28** : La mediazione in responsabilità odontoiatrica è percorribile?,  
avv. Silvia Stefanelli

FEBBRAIO

**23** : Il nuovo art. 46, comma 1°-bis e l'attuale sistema di esclusione dalle pubbliche gare,  
avv. Andrea Stefanelli

## Comunicazioni

Lo Studio Legale Stefanelli augura a tutti i propri clienti e lettori

*Buone Feste*

È on line il nuovo sito dello Studio Legale Stefanelli.

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)