

STUDIO LEGALE STEFANELLI



Lettera Informativa Gennaio 2012

SEGUITE IL NOSTRO AGGIORNAMENTO QUOTIDIANO SU TWITTER
@studistefanelli

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

INDICE

Convegni	2
Diritto degli Appalti	3
Strategie d'attacco per combattere i ritardati pagamenti delle PP.AA. e per procedere efficacemente al recupero-crediti nei loro confronti	
La segnalazione dell'AGCM 5/1/2012 per le liberalizzazioni in materia d'appalti	
Modifiche alle disposizioni in materia di autocertificazione	
Manovra Monti "salva Italia"	
Comunicazioni ex lege, piena conoscenza degli atti e termine d'impugnazione.....	
Apertura delle buste tecniche ed obbligo di pubblicita' delle sedute di gara anche per servizi sanitari (alleg. IIB D.Lgs.n. 163/2006)	
Dichiarazioni ex art. 38 e legale rappresentanza: un po' di chiarezza	
I documenti in lingua straniera sono ammissibili in gara.....	
Diritto delle Imprese	7
Danno causato in ospedale da un dispositivo medico: chi risponde?	
Rivoluzione in materia di privacy: modificata la definizione di "interessato" ...	
La segnalazione dell'AGCM al Governo sulla concorrenza in ambito di libere professioni.....	
Diritto della Sanità	9
Prestazioni sanitarie in farmacia? Valida l'esenzione IVA.....	
Quando opera l'abusivo le lesioni non sono colpose ma dolose. Conseguenze.	
Comunicazioni	11

Convegni

MEDIAZIONE

avv. Silvia Stefanelli

MgMediation - Ass. Equilibrio - Corso base per mediatori con indirizzo valutazione danno alla persona (responsabilità medica, RCA, contratti assicurativi)

Bologna, febbraio-marzo 2012 - programma www.mgmediation.it

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 legge 231: cosa cambia nell'organizzazione degli adempimenti dell'impresa

8 febbraio 2012 - Cerfor Modena

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

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

23 febbraio 2012 - Venezia

APPALTI

avv. Andrea Stefanelli

Le più importanti pronunce giurisprudenziali in materia di appalti nell'anno 2011

22 marzo 2012 - Venezia

Diritto degli Appalti

Strategie d'attacco per combattere i ritardati pagamenti delle PP.AA. e per procedere efficacemente al recupero-crediti nei loro confronti

Negli ultimi anni si è registrato un costante allungamento dei tempi di pagamento da parte delle Pubbliche Amministrazioni, con un più significativo aumento nel biennio 2010-2011, sicché il problema dei ritardati pagamenti risulta sempre più diffuso e coinvolge tutte le PP.AA., costringendo le imprese a serissimi problemi finanziari. E' pur vero che il cd. "Patto di Stabilità Interno" rappresenta la principale causa di ritardo nei pagamenti, ma è altrettanto vero che la legislazione nazionale (D.Lgs. n. 231/2002) è tra le meno severe d'Europa. Così, nel secondo semestre 2011, i tempi medi di pagamento dei lavori pubblici hanno raggiunto gli 8 mesi, con circa 1 mese e mezzo in più rispetto al primo semestre dello stesso anno (Comunicato ANCE 14/12/2011) mentre, nello specifico settore della sanità, per il pagamento di forniture D.M. si arriva addirittura agli oltre 1600 gg. medi dell'A.S.L. Napoli 1 (CGIA Mestre relativa a settembre 2011).

Per resistere a questa situazione sempre più drammatica gli operatori economici hanno solo un sistema, ovvero "smettere" di porsi, nei confronti delle Amministrazioni debentrici, con l'atteggiamento di deferenza che finora ha caratterizzato il loro rapporto con le Stazioni Appaltanti (per il malriposto "timore" che, in caso di contenzioso, ogni possibile futura *chance* di collaborazione potrebbe venir compromessa); oggi, infatti, l'obbligo d'indizione delle gare è prevista per acquisti di valore superiore ai 40.000 €, ragion per cui non sussiste più alcun margine discrezionale di "invito" alle gare da parte del funzionario pubblico.

Anzi, lo stesso funzionario che non adempie alle obbligazioni pecuniarie entro i termini di legge (60 giorni data ricevimento fattura), provoca un danno erariale alla propria Amministrazione (Corte Conti Campania, 21/12/2010, n. 2887), con serissimi profili personali di responsabilità contabile in capo allo stesso

funzionario; non solo in quanto, a far data dal 61°esimo giorno, il mancato pagamento genera interessi che devono essere iscritti – obbligatoriamente – come "debito fuori bilancio" che, di per sé, costituisce danno erariale, per non parlare di tutte le spese legali e giudiziali colpevolmente maturate per il mancato pagamento di quanto dovuto (Corte Conti Sardegna, 20/12/2011, n. 118). Per questa ragione le PP.AA. non riconoscono MAI gli interessi legali in quanto, con ogni probabilità, non gli hanno mai iscritti a bilancio.

Per questo occorre necessariamente che l'impresa creditrice, alla scadenza (inevasa) del termine di pagamento, per primo invii una lettera di messa in mora (obbligando così all'iscrizione a "debito fuori bilancio" degli interessi maturandi), con riserva di denuncia alla Corte dei Conti del Responsabile dell'Esecuzione (in caso di persistenza del mancato pagamento) salvo poi, stante la persistenza della morosità, procedere senza indugio con un ricorso monitorio (decreto ingiuntivo) e poi, successivamente, attivare la procedura esecutiva, con l'ulteriore avvertenza che oggi, anziché procedere con le forme tipiche dell'esecuzione processuale civile (pignoramento ecc.), è possibile richiedere al TAR competente, tramite il cd. **giudizio di ottemperanza**, la nomina di un Commissario *ad acta* il quale provveda Lui direttamente a ricercare presso la P.A. debitrice le somme di denaro necessarie al pagamento del dovuto, fatta salva, poi, la possibilità che il medesimo proceda d'ufficio alla denuncia alla Corte dei Conti del Responsabile dell'Esecuzione.

Chi scrive è nella piena convinzione che una più decisa risolutezza nella richiesta di pagamento (secondo le modalità di cui sopra) possa provocare un'immediata "accelerazione" del riconoscimento di quanto dovuto ma, se così non fosse ... allora vi è sempre lo Studio Legale Stefanelli pronto ad difendere le Vs. legittime richieste.

Per la Vs. stessa SOPRAVVIVENZA.

Avv. Andrea Stefanelli

Segnalazione dell'Autorità Garante Concorrenza Mercato 5/1/2012 per le liberalizzazioni in materia d'appalti

In attesa del decreto-legge che il governo Monti ha promesso per la prossima settimana, si segnalano i "suggerimenti" che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha reso nella specifica materia degli appalti; secondo l'AGCM, infatti, sarebbe necessario l'inserimento nel Codice dei contratti pubblici di:

- a) un espresso divieto d'affidamento *in house* per lavori e forniture;
- b) precisi limiti per l'affidamento *in house* di servizi pubblici;
- c) l'obbligo per tutte le PP.AA. di ricognizione di tutti gli affidamenti attualmente in essere;
- d) la possibilità di non rispettare gli obblighi di cui sopra nel caso di cessione, con gara, ai privati delle società *in house*.

Avv. Andrea Stefanelli

Modifiche alle disposizioni in materia di autocertificazione

LEGGE 12/11/2011 N. 183 "LEGGE DI STABILITÀ 2012"

DIRETTIVA PRESIDENZA CONSIGLIO MINISTRI 22/12/2011 N. 14

Importantissime novità sono contenute nella Legge di Stabilità 2012, entrata in vigore l'1/1/2012, che va a modificare il D.P.R. n. 455/2000 in materia di autocertificazioni e stabilisce, in via definitiva, la fine della temporanea validità delle autodichiarazioni.

Risulta infatti come l'art. 15 L.n. 183/2011 abbia modificato l'art. 40 D.P.R. n. 455/00, affermando che i certificati rilasciati dalle PP.AA non valgono più nei rapporti con le Pubbliche Amministrazioni - ma solo tra i privati - in quanto, d'ora innanzi, nei procedimenti pubblici hanno valore -in via definitivamente sostitutiva- le dichiarazioni di cui agli art. 46 (Dichiarazioni sostitutive di certificazioni) nonché art. 47 (Dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà) del medesimo DPR n. 445/2000. In conseguenza di ciò

le PP.AA. non possono più richiedere gli "originali" dei certificati che i privati cittadini hanno autocertificato nel corso di procedimento, ma sono obbligate alla loro acquisizione d'ufficio; non solo in quanto, nell'ipotesi in cui un Funzionario pubblico non proceda a detta acquisizione "d'ufficio", continuando a far indebita richiesta degli originali al privato concorrente, tale comportamento configura una violazione dei doveri d'ufficio (di rilevanza penale). Tutto questo significa che, dal 1/1/2012, **tutti i concorrenti aggiudicatari di una pubblica gara non potranno più essere obbligati al deposito dei certificati originali**, dovendo procedere la Stazione appaltante alla loro diretta acquisizione ma, se ciò certamente "solleva" il concorrente da un considerevole onere documentale, tuttavia ci si augura che (tale novità) non venga ad incidere sui "tempi" della stipula contrattuale, dilatando i termini di sottoscrizione dei contratti in conseguenza o dell'eventuale inerzia della P.A. appaltante (nell'acquistare d'ufficio i certificati originali) oppure, più verosimilmente, dell'inerzia delle altre PP.AA. al rilascio di detti originali.

Avv. Andrea Stefanelli

Manovra Monti "salva Italia"

DECRETO LEGGE 6/12/2011, N. 201 CONVERTITO IN LEGGE 22/12/2011 N. 214

Come noto il governo Monti agli inizi di Dicembre ha adottato il decreto-legge cd. "salva Italia" (D.L. n. 201/2011) che, in materia di appalti pubblici, ha introdotto alcune importanti novità tra cui:

ART. 23: I Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti devono affidare ad un'unica Centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle Unioni dei Comuni, se esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i Comuni medesimi; detta disposizione si applica per le gare da indirsi dopo il 31/3/2012.

ART. 29: Le PP.AA. centrali (come individuate dall'ISTAT ai sensi dell'art. 1, comma 3, L.n. 196/2009) possono avvalersi della CONSIP per le acquisizioni di beni e servizi al di sopra della soglia di rilievo comunitario.

ART. 44: è quello piu' ricco di novità in materia d'appalti, in quanto provvedo a disporre (tra le altre cose):

- **l'abrogazione dell'art. 81, comma 3-bis introdotto dalla L.n. 10/2011** (quello che stabiliva che le offerte dovevano essere determinate al netto delle spese relative al costo del personale);
- l'abrogazione dell'art. 12 della L.n. 180/2011 (il cd. Statuto PMI);
- l'introduzione, tra i principi generali di cui all'art. 2 D.Lgs. n. 163/06, dell'obbligo di suddivisione degli appalti in "lotti funzionali";
- l'introduzione dell'obbligo di scorrimento della graduatoria di gara non piu' solo in caso di fallimento del primo aggiudicatario (ex art. 140 D.Lgs.n. 163/06) ma anche in caso di sua liquidazione e/o di concordato preventivo.

La legge di conversione 22/12/2011, n. 214 ha apportato modifiche al decreto-legge, ma non nei suindicati argomenti che, quindi, sono divenuti legge dalla data del 28/12/2011.

Avv. Andrea Stefanelli

Comunicazioni ex lege, piena conoscenza degli atti e termine d'impugnazione

Consiglio di Stato VI° 13/12/2011, N. 6531

L'art. 79 D.Lgs. n. 163/2006 prevede (comma 5°) quali sono le comunicazioni che devono obbligatoriamente essere inoltrate d'ufficio dall'Amministrazione appaltante (esclusione, aggiudicazione definitiva, decisione di non aggiudicare ecc.) nonché le specifiche modalità (comma 5-bis) tramite cui è necessario procedervi (raccomandata a.r., posta certificata, fax) per consentire l'effettiva conoscenza/conoscibilità di dette comunicazioni da parte dei diretti destinatari. Tuttavia il citato art. 79 non ha inciso in alcun modo sulle regole processuali in tema di decorrenza dei termini d'impugnazione – che decorrono dalla data di comunicazione, o, comunque, di piena conoscenza dell'atto effettivamente lesivo - ciò in quanto il Legislatore, sebbene nel Codice del processo amministrativo (D.Lgs.n. 104/2010) abbia previsto, all'art. 120, la decorrenza del termine di 30 giorni per

l'impugnazione "dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79", ha tuttavia lasciato in ogni caso, quale regola di chiusura, la locuzione "ovvero in ogni caso dalla conoscenza dell'atto".

L'espressione "in ogni altro caso" va correttamente riferita alle "diverse forme" di possibile conoscenza, ciò quindi significando che anche la presenza in seduta pubblica di gara del rappresentante della società può configurare la piena conoscenza del provvedimento lesivo (e, quindi, la decorrenza del termine impugnatorio), ai sensi del piu' generale termine ex art. 41 del Codice del Processo Amministrativo.

In tal modo quindi si compendia perfettamente la giurisprudenza piu' recente, secondo cui la presenza in gara di un rappresentante dell'impresa esclusa e/o non aggiudicataria consente comunque il perfezionamento della piena conoscenza del provvedimento in capo al concorrente (Cons.St., V° 18/11/2011, 6084; TAR Reggio Calabria, I, 24/11/2011, n. 854; TAR Bari, I, 1/3/2011, 359 ma *contra* TAR Catanzaro, II, 28/2/2011, n. 278) con quanto invece disposto dall'art. 79 in merito alle modalità di comunicazione previste per legge.

In conclusione, dunque, può dirsi che se la comunicazione di un determinato evento relativo ad una procedura di gara non avviene con le forme di cui all'art. 79 D.Lgs.n. 163/06, il termine impugnatorio può comunque iniziare a decorrere se tale conoscenza può ritenersi comunque altrimenti acquisita.

Avv. Andrea Stefanelli

Apertura delle buste tecniche ed obbligo di pubblicità delle sedute di gara anche per servizi sanitari (alleg. iib d.lgs.n. 163/2006)

Tar Roma, II 23/12/2011, n. 10159 ; tar venezia, I, 5/12/2011, n. 1805

Dopo la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 28/7/2011, che ha previsto l'obbligo di seduta pubblica di gara anche relativamente alla fase d'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche dei concorrenti (per poi ritirarsi, l'Organo Tecnico, in seduta riservata per l'assegnazione dei relativi punteggi), i TT.AA.RR. periferici iniziano ad applicare tale principio sanzionando le procedure che non rispettano

detto profilo di pubblicità, posto a garanzia del corretto operato della Stazione Appaltante. Peraltro, considerato come l'Adunanza Plenaria reputi tale "pubblicità" alla stregua di un principio fondamentale (di cui all'art. 2 D.Lgs.n. 163/06), da applicarsi pertanto a tutte le pubbliche gare, ciò gioco forza comporta la sua estensione anche alle gare indette in ambito sanitario che, come noto, ricadono nei servizi di cui al cd. "Allegato IIB" del Codice dei contratti pubblici, che prevederebbe l'obbligo d'applicazione dei soli artt. 65, 68 e 255 del D.Lgs. n. 163/2006 (art. 20).

Avv. Andrea Stefanelli

Dichiarazioni ex art. 38 e legale rappresentanza: un po' di chiarezza

Consiglio di Stato, III, 21/12/2011, N. 6777

L'individuazione dei soggetti obbligati al rilascio della dichiarazione ex art. 38 D.Lgs.n. 163/2006 rappresenta, da sempre, una delle questioni più spinose e dibattute per quanto concerne i requisiti di moralità: deve infatti essere il procuratore che sottoscrive la richiesta di partecipazione alla gara ad essere accertato, oppure devono essere tutti i componenti del Consiglio di Amministrazione, o solo l'Amministratore Delegato, oppure il Presidente della società ecc.? La sentenza in commento sembra mettere un po' di chiarezza nella vicenda (intricata per la "commistione" fra la normativa pubblicitaria e quella societaria); è infatti detto che *"il novero dei soggetti, nei confronti dei quali l'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice dei contratti pubblici impone la dichiarazione di onorabilità è [...] limitato esclusivamente agli amministratori dotati di poteri di rappresentanza nella considerazione che, ai sensi dell'art. 2380 bis c.c., la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e può essere concentrata in un unico soggetto (amministratore unico) od affidata a più persone, che sono i componenti del consiglio di amministrazione [...] o del consiglio di gestione. I procuratori speciali (o ad negotia), nonché i titolari di poteri institorii ex art. 2203 c.c., sono invece soggetti cui può essere conferita la rappresentanza - di diritto comune - della società, ma che non sono amministratori e, ciò, a prescindere dall'esame dei poteri loro assegnati. L'art. 38 [...] richiede dunque la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza*

[.] e non vi è alcuna possibilità per estendere l'applicabilità della disposizione a soggetti, quali i procuratori e gli institori, che amministratori non sono."

Ciò detto, dunque, per individuare esattamente il/i soggetto/i che deve/ono rilasciare la dichiarazione ex art. 38 è necessario individuare non solo chi possiede la legale rappresentanza della società, ma, altresì, anche chi svolge fattivamente l'attività di amministrazione della medesima.

Avv. Andrea Stefanelli

I documenti in lingua straniera sono ammissibili in gara

Consiglio di Stato, V, 10/12/2012, N. 30

Non si hanno notizie di alcuna precedente sentenza che affrontasse la questione posta all'attenzione del Consiglio di Stato, che ha dovuto decidere, con la sentenza in commento, se accogliere il ricorso di una concorrente che lamentava la mancata esclusione dell'aggiudicataria di una gara la cui documentazione (allegata all'offerta) era stata redatta in lingua tedesca, ed il Supremo Consesso di giustizia amministrativa si è limitato a precisare che l'art. 67 del Codice appalti prevede (comma 2°) l'obbligo dell'uso della lingua italiana solo per la redazione delle offerte e non, anche, per i documenti da allegare alla stessa, ragion per cui il mancato utilizzo dell'italiano può (tutt'al più) essere un motivo per formulare una richiesta d'integrazione documentale, ma non può correttamente comportare l'esclusione dalla gara stessa.

Avv. Andrea Stefanelli

Diritto delle Imprese

Danno causato in ospedale da un dispositivo medico: chi risponde?

SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA DEL 21 DICEMBRE 2011, CAUSA C-495/10

Il caso, seppur avvenuto in Francia (applicando la disciplina di tale paese), è comunque interessante perché, pur nella diversa disciplina, l'iter appare analogo a quello che potrebbe avvenire in Italia.

Il sig. D., durante un intervento chirurgico, rimane vittima di ustioni causate dal malfunzionamento di un materasso riscaldante su cui era stato posto.

Il produttore del materasso, debitamente identificato, avrebbe dovuto essere considerato responsabile del danno ai sensi della Direttiva da responsabilità da prodotto difettoso (Dir 83/374/CEE).

Invece il sig. D. cita la struttura ospedaliera davanti al Tribunale francese ed ottiene il risarcimento del danno da lui subito durante l'intervento (nel diritto francese, infatti, vige un principio giurisprudenziale secondo cui il servizio pubblico ospedaliero è responsabile, anche in assenza di sua colpa, delle conseguenze dannose per gli utenti derivanti dal malfunzionamento di prodotti o apparecchi utilizzati nell'ambito delle cure fornite).

La struttura ospedaliera però impugna e chiede al Consiglio di Stato francese di chiarire se la responsabilità oggettiva dell'ospedale possa coesistere o meno con il regime di responsabilità del produttore stabilito dalla direttiva 85/374/CEE.

La Corte di Giustizia precisa che chi impiega, nell'ambito della prestazione di cure mediche, un materasso precedentemente acquistato, non può essere considerato responsabile ex dir 85/374/CEE in quanto non può essere considerato un partecipante alla catena di fabbricazione e commercializzazione del prodotto, né un fornitore del prodotto stesso.

Tuttavia, la Corte sottolinea che i due diversi regimi di responsabilità (quello dell'Ospedale e quello del produttore), possono coesistere; in particolare, la responsabilità dell'ospedale non deve pregiudicare –

come accade – la tutela del paziente, ma tale possibilità dev'essere riconosciuta anche all'ospedale stesso che, dopo aver risarcito il danno causato dal difetto del prodotto, deve poter disporre di un meccanismo simile all'azione di regresso per rivalersi nei confronti del produttore.

In conclusione, la struttura ospedaliera francese, condannata a risarcire il danno al sig. D., potrà rivalersi nei confronti del produttore del materasso.

Avv. Silvia Stefanelli

Rivoluzione in materia di privacy: modificata la definizione di "interessato"

Decreto Legge 6/12/2011, n. 201 convertito in Legge 22/12/2011 n. 214, art. 40

Il Decreto Monti ha introdotto un'importante modifica: da oggi le informazioni relative a persone giuridiche, enti o associazioni non rientrano più nella definizione di dati personali; ne consegue che essi non sono più meritevoli di protezione secondo il DLgs 196/2003.

Così facendo, quindi attraverso la limitazione della definizione di dato personale (che ora coinvolge solo ed esclusivamente persone fisiche), l'Italia si riallinea alla normativa della maggior parte dei Paesi dell'Unione Europea.

Pertanto, da oggi, quando si parla di "interessato", ci si riferisce solo ad una persona fisica, unico soggetto cui l'ordinamento riconosce il sacrosanto diritto alla riservatezza e, quindi, unico soggetto che potrà esercitare i diritti previsti dall'Art. 7 del Codice Privacy (Diritto di accesso ai dati personali ed altri diritti), diritti che si sostanziano in quel diritto di partecipazione al trattamento perno dell'intero sistema privacy.

La *ratio* della modifica apportata è quello di escludere dalla protezione del Codice Privacy le informazioni relative a persone giuridiche, enti e associazioni

(imprese ed enti pubblici in primis), ma non quello di eliminare gli adempimenti per questi soggetti.

Cosa cambia nella sostanza. Nella pratica non cambia molto; viene meno infatti l'obbligo di Informativa verso soggetti diversi da persone fisiche, ma l'unica vera interessante novità riguarda i trattamenti finalizzati all'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale, che ora sono liberalizzati se il destinatario è società, ente, pubblica amministrazione o associazione.

Cosa devono fare le imprese. Se da una parte, ora, le imprese (ed enti ed associazioni) non dovranno più preoccuparsi della normativa privacy quando trattano dati di altre imprese (ed enti ed associazioni), dall'altra parte dovranno continuare a realizzare tutti gli altri adempimenti quando trattano informazioni relative a persone fisiche, tra le quali: i propri dipendenti e collaboratori, fornitori, clienti.

In pratica, le imprese dovranno continuare ad adottare tutte le misure minime e necessarie di sicurezza previste dal DLgs 196/2003 e successivi Provvedimenti del Garante, tra cui il Documento programmatico per la sicurezza che deve essere aggiornato entro il 31 marzo 2012.

Avv. Alessandra Delli Ponti

La segnalazione dell'AGCM al Governo sulla concorrenza in ambito di libere professioni

Concorrenza e liberalizzazioni. Due parole che hanno rimbalzato negli ultimi giorni su tutti i giornali ed intorno alle quali dovrebbe svolgersi l'attività di governo dei prossimi mesi per spingere il rilancio della nostra economia.

E' noto infatti che, in forza dal 2009 in avanti, il Governo è chiamato ad emanare annualmente una legge per il mercato e la concorrenza.

Più precisamente l'art. 47, comma 2, della legge 23 luglio 2009, n. 99, "il Governo, su proposta del Ministro dello sviluppo economico,, tenendo conto anche delle segnalazioni eventualmente trasmesse dall'Autorità ..., presenta alle Camere il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza".

Mai come quest'anno – data la particolare congiuntura politico-economica - a seguente segnalazione dell'AGCM acquista quindi peso ed importanza.

"LIBERE PROFESSIONI - Abolizione dei tariffari – Riforma della composizione degli organi disciplinari degli Ordini – Limitazione del potere degli Ordini in materia di corsi di formazione – Revisione della pianta organica dei notai – Eliminazione del controllo degli ordini sulla pubblicità dei professionisti

L'Autorità ritiene che in tale settore, al fine di completare il processo di modernizzazione già avviato e consentire ad esso di svolgere un ruolo adeguato di sostegno alla crescita nel Paese, risulta necessario introdurre le seguenti misure:

a) abolizione espressa di qualsiasi forma di tariffario e, conseguentemente, abrogazione dell'art. 3, comma 5, lett. d), del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, nella parte in cui prevede che in caso di mancata determinazione consensuale del compenso, quando il committente è un ente pubblico, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi, ovvero nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse dei terzi si applicano le tariffe professionali stabilite con decreto dal Ministro della Giustizia; b) esclusione della funzione disciplinare in capo agli Ordini, da attuarsi mediante modifica dell'art. 3, comma 5, lett. f), del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, prevedendo espressamente che negli organi indicati nella norma per l'esame delle questioni disciplinari entrino a far parte anche membri non iscritti agli albi e, limitatamente ai consigli locali, iscritti ad albi diversi da quello territoriale di competenza; c) limitazione dei poteri dei Consigli degli ordini alla fissazione di requisiti minimi dei corsi di formazione, senza alcuna necessità di autorizzazioni o riconoscimenti preventivi, prevedendo forme di auto- dichiarazione da parte degli organizzatori con meri controlli a campione; d) revisione della pianta organica dei notai, di cui all'art. 4, della L. 16 febbraio 1913, n. 89, in modo da aumentare significativamente il numero dei posti di notaio ivi previsti; e) abrogazione dell'articolo 2, comma 1, lett. b) del D.L. 4 luglio 2006, n. 233, convertito in legge dalla L. 4 agosto 2006, n. 248, nella parte in cui prevede il controllo, da parte degli ordini professionali, sulla trasparenza e veridicità dei messaggi pubblicitari veicolati dai professionisti."

Avv. Silvia Stefanelli

Diritto della Sanità

Prestazioni sanitarie in farmacia? Valida l'esenzione IVA

Agenzia delle Entrate, risoluzione 20 /12/2011, n. 128/E

Come noto con il d.lgs. 153/2009 si è legittimata l'erogazione in farmacia di nuovi servizi ad alta valenza socio-sanitaria, come la partecipazione all'assistenza domiciliare integrata, la presa in carico di particolari pazienti cronici, l'effettuazioni di analisi di prima istanza, la realizzazione di iniziative per il corretto uso del farmaco, la partecipazione a programmi di educazione sanitaria e prevenzione, le prenotazioni di visite ed esami.

Si è posto il problema di stabilire se le prestazioni effettuate dai professionisti sanitari - anche mediante una struttura societaria - nei confronti della farmacia, sia quelle rese dalla farmacia nei confronti del cliente/paziente, siano riconducibili nell'ambito applicativo dell'esenzione dall'Iva (art. 10, n. 18, d.p.r. n. 633/1972). L'Agenzia delle Entrate con la Risoluzione n.128/E del 20 dicembre 2011 ha stabilito che , come emerge dalle norme e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia Ue (sent. C141/00 del 2002), l'applicazione dell'esenzione IVA alle prestazioni sanitarie è da valutarsi in relazione alla natura delle prestazioni fornite. Infatti, i soggetti incaricati devono essere abilitati all'esercizio della professione, a prescindere dalla forma giuridica che riveste il soggetto che le rende. In sostanza l'Agenzia ha riconosciuto che l'esenzione IVA prevista per le prestazioni in questione, ha carattere oggettivo e si estende a tutti i rapporti intercorrenti tra professionista e il cliente/paziente. Queste conclusioni sono valide anche nel caso in cui la farmacia utilizzi, per le prestazioni dei servizi sanitari, una struttura societaria, anche organizzata in forma di società cooperativa, che effettua prestazioni tramite propri professionisti sanitari.

Avv. Silvia Stefanelli

Quando opera l'abusivo le lesioni non sono colpose ma dolose. Conseguenze.

Corte di Cassazione, sez. II Penale, sentenza n. 48074/11; depositata il 22 dicembre

Come noto l'errata erogazione di prestazioni sanitarie può comportare conseguenze anche sotto il profilo penale: per lo più configurando lesione colposa o dolosa.

Vi è però una differenza fondamentale: il procedimento penale per lesioni colpose si attiva su querela di parte che deve essere presentata entro 40 gg, mentre ove le lesioni siano considerate dolose il procedimento penale può essere attivato d'ufficio (art. 582 c.p.).

Qui sta il punto di interesse della sentenza.

Il caso infatti riguarda una signora che si reca presso uno studio dentistico per sottoporsi a cure odontoiatriche e a sua insaputa viene operata da un "abusivo" (ritenendolo medico).

Dopo diversi interventi, eseguiti in un arco temporale di due anni, per la paziente lamenta danni che comportano una malattia durata oltre 40 giorni ed un «indebolimento permanente dell'organo della masticazione».

A questo punto scatta la denuncia penale.

in primo e secondo grado l'abusivo di salva in quanto il reato configurato è - appunto - la lesione lieve per cui occorre una querela entro 40 gg: nel caso di specie dunque si dichiara il «non doversi procedere» per la tardività della querela.

Ma diversa la decisione della Cassazione.

con la pronuncia della Cassazione – sentenza numero 48074/2011, Quinta sezione Penale, depositata il 22 dicembre – si fornisce un riferimento importante: l'accusa originaria viene modificata e diventa di "lesioni dolose".

Infatti secondo la cassazione

«gli interventi sono stati compiuti in assenza del consenso informato e con violazione delle leges artis» e che è da escludere «l'applicabilità della scriminante riconosciuta agli esercenti l'attività sanitaria», perché il sedicente medico si è letteralmente avventurato in una serie di interventi senza le «necessarie cognizioni tecniche».

E per quanto concerne la 'giustificazione' dell'operato, non è certo sufficiente che il finto medico sia sorretto dalla «convinzione di evitare ogni danno alla paziente».

Altrimenti, seguendo questa visione – prospettata sia in primo che in secondo grado –, si rischierebbe di «consentire l'esercizio di attività medico-chirurgiche a

soggetti privi dell'abilitazione professionale, in ragione della finalità terapeutica da cui gli stessi sono mossi»

Ciò significa secondo la Corte che nella condotta tenuta dal falso dentista è legittimo ipotizzare che il dolo, «anche nella forma cosiddetta eventuale» con la conseguenza che il procedimento penale potrà essere attivato in qualsiasi momento.

Avv. Silvia Stefanelli

**CALENDARIO:**GENNAIO

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

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

FEBBRAIO

8: La legge 231: cosa cambia nell'organizzazione degli adempimenti dell'impresa
Avv. Alessandra Delli Ponti

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

MARZO

22 : Le più importanti pronunce giurisprudenziali in materia di appalti nell'anno 2011,
avv. Andrea Stefanelli

Comunicazioni

SEGUITE IL NOSTRO AGGIORNAMENTO QUOTIDIANO SU TWITTER

@studistefanelli

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