

LETTERA INFORMATIVA
MARZO 2013

In questo numero

Ultime dallo studio

Appalti

- E' legittima l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica per la concessione degli spazi della cartellonistica pubblicitaria
- Le ATI si possono trasformare fino alla formulazione dell'offerta
- È legittimo il ricorso all'avvalimento per il fatturato o l'esperienza pregressa e la cauzione provvisoria non deve coprire anche l'ausiliario
- Il nuovo concordato con continuità aziendale e la partecipazione alle gare pubbliche
- "Linee guida" sulla modalità di reperimento delle risorse per soddisfare i creditori privati
- Accesso agli atti del Movimento 5 Stelle alla documentazione contabile relativa alle spese rimborsate ai Consiglieri Regionali
- Obbligo di esporre le specifiche ragioni che ostano all'accesso agli atti di gara per presunti segreti tecnici o commerciali

Imprese

- E' operativo il bando di sostegno alla creazione di Reti di imprese della Regione Lombardia
- Quando la pianificazione urbanistica regionale diventa un mezzo limitativo della libertà di iniziativa economica
- Le tutele dei crediti dei lavoratori negli appalti
- PRIVACY: La rivoluzione del Regolamento Europeo

Sanità

- CONSENSO (DIS)INFORMATO: quando da un'informazione medica carente scaturisce un incontro di volontà inefficace chi paga gli esiti nefasti di un intervento vulnerato nell'assenso perché basato su informazioni scorrette al paziente?
- TRASFERIMENTO DELLA SEDE DI DISTRIBUZIONE DI MEDICINALI: attenzione alla preventiva comunicazione alla Regione
- Ai contratti tra ASL e strutture sanitarie si applica il D.Lgs 231/02 sugli interessi da ritardato pagamento.
- Decreto trasparenza: trasparenza sulle nomine dei Direttori Generali, accreditamenti sanitari e contratti
- Regolamentazione regionale in materia di apertura dei punti di prelievo dei laboratori di analisi privati

AVV. ANDREA STEFANELLI
AVV. SILVIA STEFANELLI

AVV. ADRIANO COLOMBAN
AVV. ALESSANDRA DELLI PONTI
AVV. EDOARDO DI GIOIA
AVV. VALERIA FABBRI
AVV. ELEONORA LENZI
AVV. ANDREA MARINELLI
AVV. CLAUDIA PATTI
DOTT. FEDERICO BRESCHI
DOTT. ANNAMARIA CICERONE
DOTT. SILVIA PARI
DOTT. FABIO CARUSO

VIA CALANCO, 11
40139 BOLOGNA
TEL. 051 6241209
FAX 051 0821641

ULTIME DALLO STUDIO

MERCATO ELETTRONICO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (M.E.P.A.): IL FUTURO DEGLI APPALTI

Incontro teorico – pratico su come cambieranno le trattative con la Pubblica Amministrazione con le ultime novità legislative

Relatori: avv. Andrea Stefanelli e Due Funzionari Consip

Mercoledì 10 aprile 2013

Maggiori dettagli sul sito Internet dello Studio o potete chiedere a
s.stefanelli@studiolegalestefanelli.it

Sul nostro sito www.studiolegalestefanelli.it sarà disponibile a giorni il materiale dell'incontro
“L' autorizzazione sanitaria e la gestione tramite le società”

svoltosi il 23 gennaio 2013

Per approfondimenti

Chiunque fosse interessato a ricevere copia dei documenti relativi alle notizie segnalate può richiederla direttamente all'indirizzo
s.stefanelli@studiolegastefanelli.it

Seguite il nostro aggiornamento quotidiano su twitter
[@studistefanelli](https://twitter.com/studistefanelli)

APPALTI

APPALTI PUBBLICI

E' LEGITTIMA L'INDIZIONE DI UNA PROCEDURA AD EVIDENZA PUBBLICA PER LA CONCESSIONE DEGLI SPAZI DELLA CARTELLONISTICA PUBBLICITARIA

CONSIGLIO DI STATO ADUNANZA PLENARIA
25/2/2013, N. 5

Con la recente sentenza del 5/2/2013 il Consiglio di Stato ha statuito in merito alla legittimità di una procedura competitiva per la concessione di spazi pubblici da utilizzare per la collocazione di impianti pubblicitari da parte di operatori economici privati. Nella fattispecie una società operante nel settore della diffusione pubblicitaria in Sicilia aveva impugnato la delibera del Comune di Caltanissetta portante il piano generale degli impianti pubblicitari, nonché il bando di gara per la concessione delle superfici individuate da suddetto piano, ed i giudici amministrativi hanno dovuto verificare, innanzitutto, la legittimità della messa in gara di spazi del suolo pubblico per l'installazione degli impianti privati di affissione commerciale. Due erano le diverse posizioni giurisprudenziali sul campo: secondo la prima tesi chi intende fare pubblicità sarebbe titolare di un mero diritto "*alla libera attività d'affissione diretta*", sottoposto solo all'autorizzazione comunale (a seguito di regolare domanda) mentre, secondo l'altra tesi, la concessione degli spazi pubblici per attività pubblicitarie sarebbe da affidarsi correttamente tramite pubblica gara, in quanto rappresenterebbe uno strumento per la piena attuazione del principio di libera iniziativa economica, consentendo a nuovi operatori l'ingresso in un mercato che altrimenti resterebbe riservato a quanti hanno ottenuto in passato le dovute autorizzazioni.

L'Adunanza Plenaria, appoggiando il secondo orientamento, ritiene che l'indizione di una gara per l'affidamento di spazi pubblici per la collocazione di impianti pubblicitari commerciali sia legittima, dovendosi altrimenti ricorrere all'unico criterio alternativo dell'ordine cronologico di presentazione delle domande, criterio sicuramente meno certo, da un lato, ad assicurare l'interesse pubblico ad un uso più efficiente del suolo pubblico e, dall'altro, a garantire un legittimo confronto concorrenziale fra gli operatori economici privati. Quanto sopra esposto è peraltro coerente con i principi comunitari di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza ed il Consiglio di Stato ha chiarito da tempo che, sul presupposto che la concessione di un'area pubblica sia un'occasione di guadagno per gli operatori economici, una procedura competitiva per il rilascio di detta concessione è tanto più legittima quanto necessaria per l'osservanza dei ricordati principi posti a presidio e tutela del principio fondamentale di piena concorrenza.

avv. Claudia Patti

LE A.T.I. SI POSSONO SEMPRE TRASFORMARE FINO ALLA FORMULAZIONE DELL'OFFERTA

CONSIGLIO STATO, 5/3/2013, N. 1328

La sentenza in commento si segnala in quanto affronta un aspetto delle associazioni temporanee d'impresa che si ritiene troppo poco analizzato dalla giurisprudenza, rispetto ai profili di problematicità che invece può comportare; ci si riferisce alla facoltà, concessa nelle procedure ristrette alle partecipanti (che abbiano già richiesto di essere invitate, singolarmente o anche in a.t.i.), di andare poi a "modificare" detta modalità partecipativa, eventualmente

associandosi con altri partecipanti per la formulazione dell'offerta ed, in questo modo, riducendo drasticamente il numero di concorrenti nonché, conseguentemente, la possibilità della P.A. appaltante di ottenere prezzi "migliori". L'art. 37, commi 9 e 12 del Codice appalti consente infatti all'operatore prequalificatosi di modificare il proprio profilo soggettivo purchè ciò avvenga prima della presentazione delle offerte e sempre che questo non sia preordinato a sopperire ad eventuali carenze di requisiti (Cons. St., IV° n.4327/2010 e n.4327/2010), facoltà che l'art. 51 del medesimo D.Lgs.n. 163/2006 definitivamente consacra, permettendo la "successione" della posizione del concorrente, offerente o aggiudicatario a fronte di specifiche vicende soggettive.

Nel caso in questione dei tre raggruppamenti che avevano richiesto di partecipare alla gara de qua - e che erano stati successivamente invitati - ben due decidevano di modificare la loro composizione in fase di formulazione dell'offerta ed il Consiglio, di Stato, investito della questione relativa alla legittimità di dette modificazioni, ne ha confermato la validità in ossequio all'interesse che avrebbe il Legislatore - anche europeo - di favorire il fenomeno del raggruppamento associativo o consortile, allo scopo di facilitare la partecipazione ai pubblici incanti.

Sia concesso tuttavia sollevare forti dubbi su questa prospettazione nonché, più in generale, sulla stessa disposizione di legge in questione, che, se aveva una sua ragion d'essere quando fu redatto il Codice appalti nel 2006 - nel cui testo iniziale, infatti, era prevista la possibilità che i sottorequisiti di valutazione fossero introdotti anche solo nella Lettera d'invito, con ciò significando che un concorrente poteva aver deciso di partecipare ad una gara singolarmente (o con una certa composizione dell'a.t.i.) salvo poi, leggendo i requisiti valutativi previsti nella Lettera d'invito, rendersi conto della necessità di

modificare detta compagine partecipativa per poter essere competitivo -possibilità che tuttavia appare oggi francamente priva dello stesso significato in quanto, come noto, i requisiti valutativi devono essere necessariamente indicati fin dagli atti introduttivi di gara e dunque la facoltà di modificazione della compagine partecipativa si traduce, nelle gare attuali, esclusivamente in uno strumento di "riduzione" della concorrenza, a tutto favore dei partecipanti ed a forte discapito degli interessi della stessa P.A. appaltante.

Avv. Andrea Stefanelli

AVVALIMENTO: È LEGITTIMO IL RICORSO ALL'AVVALIMENTO PER IL FATTURATO O L'ESPERIENZA PREGRESSA E LA CAUZIONE PROVVISORIA NON DEVE "COPRIRE" ANCHE L'AUSILIARIO

CONSIGLIO DI STATO, V°, 14/2/2013, N. 911

È quanto statuito dalla pronuncia in commento, con cui il Consiglio di Stato ha definitivamente confermato come l'impresa ausiliaria possa legittimamente "prestare" anche la sola referenza del fatturato economico o dell'"esperienza pregressa" (fatturato tecnico), maturate nel corso degli ultimi anni, atteso come la predetta possibilità non trovi alcun divieto espresso nè nella disciplina comunitaria né nel diritto interno, in quanto lo stesso art. 49 D.Lgs. n. 163/06 non pone alcuna limitazione all'avvalimento se non per quei requisiti strettamente personali di cui agli artt. 38 e 39 del Codice.

Inoltre il Consiglio di Stato ha anche statuito come, in caso di avvalimento, la cauzione provvisoria non debba includere anche gli ausiliari; a parere del Consiglio, infatti, se il Legislatore individua nell'impresa concorrente-avvalente l'unico soggetto titolare del contratto di appalto, risulta illogico affermare che l'onere cauzionale debba gravare anche su di un soggetto diverso, in ordine al quale

rileva solo il rapporto interno con l'avvalente medesimo (e ferma restando la responsabilità solidale dell'ausiliario nei confronti dell'amministrazione appaltante).

Avv. Claudia Patti

IL NUOVO CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE E LA PARTECIPAZIONE ALLE GARE PUBBLICHE

T.A.R.FRIULI VENEZIA GIULIA, I 6/3/2013 N. 146

Come è noto la legge n. 134/2012 (Decreto sviluppo) ha introdotto il nuovo art. 186 bis) della Legge Fallimentare, rubricato "Concordato con continuità aziendale", procedura che prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Il comma 3° del detto articolo prevede che *"i contratti in corso di esecuzione alla data del deposito del ricorso, anche stipulati con le pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione dei contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'art. 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti"*. Nell'ottica pertanto della continuazione dell'azienda e del maggior *favor creditoris* il Legislatore ha previsto la prosecuzione dei contratti in essere, compresi quelli stipulati con le PP.AA., in presenza di determinate condizioni. Allo stesso modo il comma successivo stabilisce che *"L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici"*, quando l'impresa presenta determinati requisiti specificati dalla norma stessa; l'impresa in

concordato, inoltre, può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese.

Sul punto una recente sentenza del T.A.R. Friuli Venezia Giulia ha ritenuto che anche la semplice presentazione dell'istanza di ammissione alla procedura di concordato con continuità aziendale consenta di ammettere l'impresa alla partecipazione alla procedura di gara pubblica; in tal senso, secondo i giudici amministrativi, le congiunte esigenze di favorire la maggiore partecipazione possibile alle gare ad evidenza pubblica nonché la valorizzazione delle prospettive di risanamento aziendale, sottese alla nuova procedura concordataria, depongono in favore di una lettura allargata del comma 4° dell'art. 186-bis Legge Fallimentare.

Contrariamente si arriverebbe all'assurdo di ammettere a partecipare alla gara un'impresa che sia stata ammessa alla procedura di concordato ma non quella che abbia provveduto a depositare l'istanza di ammissione, con l'evidente risultato di castrare le possibilità di effettivo risanamento e continuità dell'impresa.

avv. Eleonora Lenzi

RECUPERO CREDITO NEI CONFRONTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

"LINEE GUIDA" SULLA MODALITÀ DI REPERIMENTO DELLE RISORSE PER SODDISFARE I CREDITORI PRIVATI

TAR BRESCIA, ORDINANZA N. 183/2013

Ancora una volta parliamo dell'"Ottemperanza" quale rimedio alternativo messo a disposizione dal nostro ordinamento per far sì che chiunque (società o privati) possa recuperare i propri soldi nei confronti di una P.A. "restia" ad onorare i propri debiti. Accanto infatti ai "metodi ordinari" utilizzati per tentare di recuperare i crediti (decreto ingiuntivo, pignoramento, espropriazioni immobiliari etc.) è sempre possibile, nel caso

in cui i soggetti debitori siano enti pubblici, ricorrere al TAR competente affinché nomini un Commissario ad acta il quale, sostituendosi all'ente inadempiente, sia in grado di reperire e/o accantonare nel tempo le somme dovute; il "ricorso per ottemperanza", dunque, si presenta come un ottimo strumento di tutela per le imprese creditrici della P.A..

Il TAR Brescia ha recentemente emesso una significativa ordinanza proprio nell'ambito di un giudizio di ottemperanza instaurato da un creditore privato (una Fondazione) nel tentativo di recuperare un ingente credito nei confronti di un Comune; i giudici amministrativi non solo hanno provveduto a nominare un Commissario ad acta (dotato dei "poteri" di cui si diceva poc'anzi), ma altresì hanno anche dettato alcune "linee guida" da utilizzarsi nel reperimento delle risorse economiche:

1. l'ente, ai sensi dell'art.194, comma 1 D.Lgs 267/2000, deve innanzitutto provvedere a riconoscere formalmente il proprio debito;
2. contestualmente deve essere elaborato, da parte dello stesso Ente, un "Piano di rientro" nel rispetto dei seguenti vincoli: (a) destinazione al privato delle somme derivanti da specifici accantonamenti o avanzi di amministrazione, (b) analisi di tutte le voci di spesa del bilancio dell'ente per individuare quelle non escluse da esecuzione forzata (la legge, infatti, impedisce ai creditori di aggredire beni pubblici ove questi siano necessari al funzionamento di servizi essenziali), (c) rateizzazione del debito nell'arco di tre esercizi così assicurando il saldo entro una data certa;
3. il pagamento della prima tranche della somma spettante al privato deve avvenire entro 15 giorni dall'approvazione del Piano di ripiano;
4. da ultimo (e circostanza molto importante) il Commissario ad acta deve, oltre a supervisionare il Piano di rientro, anche

costantemente riferire al TAR sui progressi della procedura.

L'Amministrazione ha ovviamente la facoltà di poter reperire le somme dovute in vari modi (avanzi di esercizio, riduzione spesa, aumento imposte, lotta all'evasione fiscale etc), ma certamente non potrà rimanere inerte di fronte alle richieste del Commissario e, a questo proposito, il TAR Brescia ha proprio precisato come la scelta tra le diverse modalità d'individuazione delle risorse può essere sicuramente lasciata alla discrezionalità degli amministratori, essendo rilevante ai fini dell'ottemperanza, esclusivamente il risultato finale e non i dettagli contabili.

Il TAR ha chiarito, ad esempio, che il fatto che le spese per i servizi indispensabili siano impignorabili non significa affatto che i relativi importi non possano essere ridotti senza compromettere l'erogazione del servizio; il risultato dunque è l'obiettivo primario ed, ove la pubblica amministrazione non presenti un Piano di rientro "credibile", ecco allora che deve intervenire "in sostituzione" il commissario nominato dal Tribunale.

Nel caso di Brescia la Fondazione, creditrice di oltre 400.000 euro, nei 15 giorni previsti dalla approvazione del "Piano di rientro" si è così vista accreditare, quale prima tranche, la considerevole somma di euro 148.878,55.

In conclusione, dunque, nel caso in cui chiunque (società o privato) voglia "costringere" la pubblica amministrazione a pagare il proprio debito, non avrà rimedio migliore che far commissariare l'ente al fine di potere reperire le risorse utili al pagamento.

avv. Adriano Colombari

ACCESSO AGLI ATTI

ACCESSO AGLI ATTI DEL MOVIMENTO 5 STELLE ALLA DOCUMENTAZIONE CONTABILE RELATIVA ALLE SPESE RIMBORSATE AI CONSIGLIERI REGIONALI

TAR PIEMONTE 24/1/2013, N. 175

In tempi di forte congiuntura economica - e nei quali si auspica un graduale abbattimento dei costi della politica - appare molto significativa la pronuncia del TAR Piemonte intervenuta sul ricorso del Movimento cinque stelle, che si era visto respingere la richiesta d'accesso agli atti riguardanti la documentazione contabile relativa ai rimborsi-spese dei Consiglieri regionali per il periodo tra il 2008 ed il 2012.

In particolare la richiesta d'accesso agli atti da parte del Consigliere "Grillino" seguiva un'ispezione della Guardia di Finanza che, su mandato della Procura della Repubblica di Torino, aveva inteso acquisire informazioni relative al finanziamento dei vari gruppi ed, in particolare, la documentazione avente ad oggetto le autodichiarazioni dei Consiglieri sui rimborsi-spese ricevuti, accesso che era stato negato *in primis* in quanto si sarebbe configurato (in assenza del nulla-osta della Procura) una violazione del segreto istruttorio nonchè, in secondo luogo, in quanto si sarebbe trattata di una richiesta d'accesso troppo ampia ed indeterminata e tale quindi da integrare la fattispecie del "controllo generalizzato dell'attività amministrativa" (come noto vietato dalla L.n. 214/90).

I Giudici del TAR sono intervenuti affermando in primo luogo come gli atti richiesti rientrino nell'ampia nozione di "documento amministrativo", dal momento che gli stessi riguardavano attività di pubblico interesse "*promanando da soggetti pubblici e concernendo lo svolgimento delle loro mansioni istituzionali*" ed essendo detenuti dall'amministrazione regionale.

Per quanto riguarda invece la presunta "genericità" dell'istanza avanzata, il Collegio ha affermato che "*il diritto di accesso riconosciuto ai componenti degli organi rappresentativi degli enti territoriali ha un'indole profondamente diversa da quella che contraddistingue il diritto di accesso ai documenti amministrativi riconosciuto alla*

generalità dei cittadini"[...] Per tale motivo, il diritto di accesso dei consiglieri degli enti territoriali si estende a tutti gli atti, notizie e informazioni in possesso degli uffici che possano essere di utilità all'espletamento del loro mandato, ciò anche al fine di permettere di valutare la correttezza e l'efficacia dell'operato dell'amministrazione e per promuovere, nell'ambito del consiglio stesso, le iniziative che spettano ai singoli rappresentanti del corpo elettorale"

In merito invece al segreto istruttorio il TAR ha fatto proprie le considerazioni di una sentenza della Cassazione Penale secondo cui "*le autodichiarazioni in formato cartaceo rese dai membri del Consiglio Regionale [...] non possono ritenersi soggette al vincolo del segreto istruttorio perché preesistenti all'indagine penale ed estranee alle attività direttamente compiute dal p.m. o della polizia giudiziaria, secondo quanto previsto dall'art. 329 c.p.p.*" (Cass.Pen. I°, n. 13494/2011) finendo, per tal motivo, per consentire l'accesso all'intera documentazione contabile relativa ai rimborsi-spese dei Consiglieri regionali per il periodo tra il 2008 ed il 2012.

Anche in questo modo i principi di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa si "saldano" con quelli di economicità e trasparenza, rappresentando quei principi a cui deve necessariamente uniformarsi l'attività dell'intera pubblica amministrazione genericamente intesa (e quindi anche i consiglieri regionali).

Dott. Fabio Caruso

OBBLIGO DI ESPORRE LE SPECIFICHE RAGIONI CHE OSTANO ALL'ACCESSO AGLI ATTI DI GARA PER PRESUNTI SEGRETI TECNICI O COMMERCIALI

TAR ROMA, III° 26/2/2013 N. 2106

Si è già avuto modo di affrontare (vds. Newsletter Aprile 2012) la questione relativa all'accesso agli atti di una procedura ad evidenza pubblica e la giurisprudenza, facendo

preciso riferimento alle offerte di gara, ha ammesso l'accesso a favore degli altri concorrenti ma con le deroghe previste dall'art. 13, comma 5 del Codice dei Contratti pubblici (D.Lgs.n. 163/2006) che, secondo la miglior giurisprudenza, rappresenta appunto *"un'ipotesi di speciale deroga alla disciplina di cui alla l. n. 241/90, da applicare esclusivamente nei casi in cui l'accesso sia inibito in ragione della tutela di segreti tecnici e commerciali motivatamente evidenziati in sede di presentazione dell'offerta"* (TAR Mi, II° 15/1/2013 n. 116). Il motivo di detta deroga risiede nel fatto che si vuole impedire che gli operatori economici coinvolti in una procedura possano sfruttare il diritto d'accesso agli atti degli altri concorrenti non per tutelare i loro diritti in "quella gara", ma per carpire in generale informazioni attinenti a segreti industriali o commerciali degli avversari. Nel caso in questione l'impresa aggiudicataria aveva respinto – ma senza alcuna motivazione – la richiesta di conoscere la sua documentazione tecnica da parte di un concorrente ed il TAR, investivo della vicenda, ha affrontato preliminarmente la questione relativa alla mancanza di un interesse del ricorrente all'accesso in quanto società già esclusa dalla gara (e dunque priva, a parere della difesa avversaria, della legittimazione ad agire), affermando al contrario come in materia di accesso, *"il Giudice non deve valutare la fondatezza dell'azione sottostante all'istanza ma solo valutare la sussistenza di*

un interesse a conoscere determinati documenti; qui è indiscutibile che un soggetto che ha partecipato ad una gara abbia un interesse qualificato a conoscere gli atti di gara, in relazione specifica ai motivi della sua esclusione ed alle valutazioni operate dalla stazione appaltante per gli altri concorrenti sullo stesso profilo". Ciò posto il TAR affronta poi la questione di merito, statuendo che il diniego d'accesso ex art. 13, comma 5° per ragioni di tutela di segreti tecnici debba essere congruamente motivata dal soggetto interessato *"Infatti [...] per opporre la conoscenza su presunti segreti tecnici o commerciali la parte interessata deve offrire una comprovata e documentata dichiarazione che faccia comprendere per quali specifiche ragioni determinati atti sono coperti dal segreto industriale o commerciale; tali ragioni devono poi essere valutate dall'Amministrazione ed eventualmente portate a conoscenza di chi richieda l'accesso"* e, qualora le motivazioni non fossero ritenute valide e/o sufficienti dalla P.A. appaltante, l'accesso dev'essere concesso in quanto il principio che dev'essere rispettato è quello della trasparenza e pertanto deve prevalere il diritto d'accesso rispetto a quella della riservatezza delle informazioni (anche commerciali e tecniche) delle concorrenti ad una pubblica gara.

Dott. Fabio Caruso

IMPRESE

FINANZIAMENTI

E' OPERATIVO IL BANDO DI SOSTEGNO ALLA CREAZIONE DI RETI DI IMPRESE DELLA REGIONE LOMBARDIA

Lo scorso mese di febbraio la Regione Lombardia ha approvato un bando rivolto alle micro, piccole e medie imprese per la creazione ed il consolidamento di "Reti di imprese"; sono ammissibili unicamente interventi volti alla creazione di nuove aggregazioni stabili di imprese, nella forma contrattuale del contratto di rete senza soggettività giuridica, ovvero al consolidamento o allo sviluppo di reti già esistenti.

La Regione ha reso disponibile una dotazione finanziaria di € 6.000.000; il contributo per ciascuna operazione è previsto nella misura del 40% della spesa ritenuta ammissibile. La domanda di partecipazione andrà presentata esclusivamente on line all'indirizzo: <https://gefo.servizi.it/fesr>, che sarà attivo a far data dalle ore 14.00 del 21/3/2013 alle ore 12.30 del 15/5/2013.

avv. Eleonora Lenzi

LIBERTA' DI INIZIATIVA ECONOMICA

QUANDO LA PIANIFICAZIONE URBANISTICA REGIONALE DIVENTA UN MEZZO LIMITATIVO DELLA LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA

CORTE COSTITUZIONALE N. 38 DEL 15.03.13

Le Regioni devono stare attente alla pianificazione urbanistica perchè anche quest'ultima, seppur legata principalmente alla tutela dell'armonia dell'ambiente e del territorio, può trasformarsi in uno strumento limitativo della libertà di iniziativa economica e, come tale, passibile di censura. Questo ha statuito di recente la Corte Costituzionale, allorchè ha dichiarato l'illegittimità di una serie

di norme adottate dalla Provincia Autonoma di Bolzano in materia di liberalizzazione delle attività commerciali intrecciate alle esigenze della pianificazione urbanistica.

Qui di seguito il caso da cui è scaturita la sentenza in esame.

La Provincia Autonoma di Bolzano adottava la Legge Regionale n. 7 del 16.03.12 intitolata "Liberalizzazione delle attività commerciali" che, agli artt. 5 e 6, in tema di commercio nelle zone produttive, statuiva come segue: "*(..)stante la scarsità di aree idonee all'esercizio di attività produttive e di commercio all'ingrosso e in considerazione del prevalente interesse generale di salvaguardia delle esigenze dell'ambiente urbano, della pianificazione ambientale e del traffico e di quelle culturali e sociali, finalizzato all'integrazione del commercio al dettaglio nelle zone residenziali, il commercio al dettaglio nelle zone produttive è ammesso solo quale eccezione nei casi di seguito elencati: (..) a) autoveicoli a due o più ruote (..), b) materiali edili, macchine utensili e combustibili, d) mobili, e) bevande, in confezioni formato all'ingrosso*"

E' evidente come detta previsione limitasse fortemente la possibilità di condurre attività di commercio al dettaglio nelle aree produttive, circoscrivendone la fattibilità alle poche categorie sopra individuate.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri in carica promuoveva, quindi, questioni di legittimità costituzionale in merito ai detti artt. 5 e 6, reputandoli applicazione scorretta e distorsiva a livello regionale di quanto stabilito a livello statale dall'art. 31 del Decreto Legge n. 201/2011 ("Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità ed il consolidamento dei conti pubblici"), secondo cui "*la disciplina dell'Unione Europea e nazionale in materia di*

concorrenza, libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali od altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela (...) dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano e dei beni culturali".

La Provincia di Bolzano tentava di giustificare le previsioni tacciate d'illegittimità alla luce del vigente Statuto di autonomia, che le attribuisce competenza primaria in tema di tutela e conservazione del patrimonio storico, artistico e popolare, di urbanistica e piani regolatori nonché di tutela del paesaggio e le limitazioni al commercio nelle aree qualificate come produttive venivano "giustificate" proprio come poste a tutela del paesaggio.

Tuttavia la Corte Costituzionale non ha ritenuto fondata la tesi della Provincia ritenendo che le limitazioni alla tutela del patrimonio ambientale e culturale nulla hanno a che fare con le aree produttive, che al contrario hanno, di per sè, una connotazione commerciale.

Quale sarebbe quindi, stando al ragionamento della Corte, l'impatto negativo dello svolgimento di attività di commercio al dettaglio sul patrimonio ambientale? Nessuno, si risponde la Corte e dunque, di qui, la motivazione di incostituzionalità delle previsioni della Provincia, oltre che per violazione della potestà statale esclusiva (distorta interpretazione art. 31 in violazione dell'art. 117 Cost.), anche per illegittima compressione della libertà di iniziativa economica (violazione art. 41 Cost.)

In poche parole, quindi, nelle aree qualificate come produttive le autorità locali non possono legittimamente porre limiti alle attività commerciali e di impresa sulla base di esigenze urbanistiche legate alla tutela dell'ambiente e dei beni culturali.

avv. Valeria Fabbri

DIRITTO DEL LAVORO

LE TUTELE DEI CREDITI DEI LAVORATORI NEGLI APPALTI

ART. 29, D.LGS. 276/2003 E L.92/2012

Con il presente contributo s'intende analizzare, dapprima in via generale e poi entrando più nel vivo della questione, le obbligazioni conseguenti ai rapporti di lavoro dei dipendenti dell'appaltatore.

Sia concessa una premessa.

Normalmente il contratto di lavoro, e con esso tutti gli altri rapporti obbligatori, non impegnano che le sole parti firmatarie dell'accordo.

A tale principio però già il Codice Civile opera, in tema d'appalto, un'espressa deroga; vero è infatti che l'art. 1676 c.c. prevede che il lavoratore dell'appaltatore possa esigere il pagamento delle proprie spettanze direttamente dal committente.

Questa prima azione, c.d. "diretta", ha il solo limite che, se il committente nel frattempo ha già provveduto a saldare quanto dovuto all'appaltatore, nulla può essere più richiesto al committente in termini di retribuzioni (di cui pertanto rimane obbligato il solo soggetto appaltatore).

Per venire però incontro all'esigenza di garantire uno stipendio "certo" al dipendente dell'appaltatore, dal 2003 c'è un altro rimedio; la c.d. Riforma Biagi ha infatti sensibilmente mutato le tutele a favore di questo tipo di lavoratori.

Risulta infatti previsto che il lavoratore possa rivolgersi al committente per esigere il pagamento del proprio stipendio, anche se questi ha già saldato il costo dell'appalto, eventualmente costringendo il committente ad un doppio pagamento.

Questa disciplina è stata però in parte mutata dal D.L.n. 138/2011, che all'art. 8 prevede la possibilità - nel contratto aziendale - di derogare alla solidarietà dell'art. 29 D.Lgs

276/2003 impedendo in tal modo ai lavoratori, laddove non fossero stati pagati dall'appaltatore, di poter esigere il proprio stipendio dal committente. In tal modo quindi il lavoratore è chiamato ad operare, all'inizio del rapporto lavoristico, una vera e propria rinuncia ad avvalersi del D.Lgs. 276/2003, nella parte in cui prevede la suddetta solidarietà.

Successivamente il Governo Monti, con il D.L.n. 5/2012, ha modificato nuovamente la materia, circoscrivendo la garanzia del committente nei confronti dei lavoratori del proprio appaltatore alle sole retribuzioni ed al TFR e limitandola al solo periodo relativo all'appalto, peraltro con l'esclusione delle sanzioni civili.

La Riforma Fornero invece ha tolto la possibilità di deroga al contratto aziendale, lasciandola solo a quello nazionale, e peraltro nella sola ipotesi in cui firmatarie dell'accordo siano le organizzazioni maggiormente rappresentative dei datori di lavoro.

Di più, in quanto il lavoratore oggi deve dapprima rivolgersi al proprio datore di lavoro (appaltatore) e, solo nel caso d'esito infausto della procedura di recupero (nei suoi confronti), può allora richiedere al committente principale le sue spettanze.

Per tutto quanto sopra, se da un lato non può nascondersi la soddisfazione nella Riforma Fornero, che per quanto qui d'interesse, ha fortemente riequilibrato i diritti dei lavoratori nell'appalto, dall'altro non può tacersi l'obiettiva difficoltà per gli operatori del diritto sia nella fase di merito (quella cioè in cui si discute di detto diritto retributivo), che in quella di materiale esecuzione (cioè i pignoramenti), che comporta, per i lavoratori (titolari del credito), ingenti energie e costi senza tuttavia avere la garanzia poi che, anche aggredito il patrimonio del committente, si esca soddisfatti dall'iniziativa di recupero del proprio credito.

avv. Andrea Marinelli

PRIVACY

LA RIVOLUZIONE DEL REGOLAMENTO EUROPEO

PROPOSTA DI REGOLAMENTO GENERALE SULLA PROTEZIONE DEI DATI, COM(2012) 11

La privacy non sarà più la stessa.

Questo il commento unanime al progetto di Regolamento Europeo che ridisegnerà le regole per la protezione dei dati personali o privacy.

Nato da una proposta della Commissione Europea lo scorso 25 Gennaio 2012, il testo ha subito emendamenti pubblicati a fine gennaio 2013, e si presenta sempre più come un ambizioso progetto considerato che sarà valido in tutta l'Unione cambierà radicalmente i presenti scenari, depauperando per molti aspetti, del suo ruolo il vigente Codice privacy. Questi, a parere di chi scrive le principali novità che porterà la Nuova disciplina.

1. Uniformità di legislazioni a livello Europeo.

Disciplinando la materia con un Regolamento, avente portata generale, che andrà a sostituire la ormai obsoleta direttiva 95/46 CE, la sua applicazione negli Stati Membri non passa più attraverso atti di recepimento o attuazione.

2. Estensione Extraterritoriale.

Interessante poi è l'ambito di operatività del nuovo impianto normativo che prevede prima di tutto un'estensione extraterritoriale della portata delle norme contenute che saranno efficaci anche al di fuori del territorio dell'Unione, quando soggetti extracomunitari eseguiranno trattamenti di dati personali volti a controllare i comportamenti o ad offrire beni e/o servizi a cittadini europei.

Così facendo si cerca di risolvere la inadeguata applicazione territoriale della disciplina attuale non più in grado di proteggere gli utenti dalle conseguenze del massiccio uso dei social network, dallo smodato abuso di tecnologie profilanti mediante cookies e dall'avvento del cloud computing.

3. Principio dell'Accountability.

All'art. 5. viene introdotto il principio dell'accountability dei titolari del trattamento in virtù del quale spetta agli stessi un obbligo generalizzato e preventivo di garantire e dimostrare (mediante una serie indefinita di documenti) la propria conformità al Regolamento in relazione ad ogni singolo trattamento svolto.

4. Regola del consenso preventivo.

L'art. 6 invece, introduce uno degli istituti fondamentali e cioè il diritto dell'utente di esprimere in maniera preventiva il consenso al trattamento delle proprie informazioni, per limitare e contenere il più possibile fenomeni di massa come ad esempio la profilazione a fini di pubblicità comportamentale. Il Titolare sarà anche gravato dall'onere di fornire la prova del consenso di quello specifico trattamento autorizzato che potrà sempre essere revocato dall'interessato, cioè il soggetto cui i dati si riferiscono.

Vi sono poi interessanti modifiche che riguardano:

- l'informativa, la quale dovrà contraddistinguersi per facilità di consultazione e chiarezza di forma (si parla di informative a cartoni animati),
- il riconoscimento del diritto all'oblio ovvero il potere concesso all'interessato di rimuovere

ogni traccia inerente le proprie informazioni personali allorquando le stesse non siano strettamente necessarie in relazione alle finalità per cui sono state raccolte e qualora non sussistano legittime cause per procrastinarne il trattamento;

- la rivoluzionaria introduzione della figura del Data Protection Officer – obbligatoria per enti pubblici e imprese con più di 500 interessati (trattati) – che potrà essere sia un soggetto interno che esterno alla struttura aziendale, appositamente incaricato dalla stessa al coordinamento e all'implementazione dell'intera "gestione della privacy", vero e proprio alter ego del Titolare e punto di riferimento per l'autorità .

Queste poi sono le principali interessanti novità, ma non resta che attendere l'approvazione, e verificare il testo finale, di cui vi daremo sicuramente notizia.

avv. Alessandra Delli Ponti

DIRITTO DELLA SANITÀ

CONSENSO (DIS)INFORMATO: QUANDO DA UN'INFORMAZIONE MEDICA CARENTE SCATURISCE UN INCONTRO DI VOLONTÀ INEFFICACE. CHI PAGA GLI ESITI NEFASTI DI UN INTERVENTO VULNERATO NELL'ASSENSO PERCHÉ BASATO SU INFORMAZIONI SCORRETTE AL PAZIENTE?

CORTE DI CASSAZIONE, III SEZ. CIVILE, SENTENZA N. 4030/2013

Si al risarcimento dei danni conseguenti ad un intervento chirurgico effettuato a seguito di un'errata diagnosi di cancro.

IL CASO

Il Tribunale di Parma ha respinto con sentenza la domanda risarcitoria proposta da una donna sottoposta ad un intervento di laparoisterectomia dopo un'errata diagnosi di carcinoma. La paziente aveva citato in giudizio sia l'azienda ospedaliera che i chirurghi coinvolti chiedendone la condanna in solido al pagamento dei danni biologici, patrimoniali e non, conseguenti ad interventi chirurgici che le avevano provocato un'invalidità permanente che la consulenza medico legale accertava esser pari al dieci per cento. Il giudizio d'appello ha confermato la pronuncia di primo grado rigettando le censure sollevate da parte ricorrente, sia relativamente all'erroneo operato dei medici, sia riguardo alla discutibile necessità di intervento motivata da una inesatta ipotesi diagnostica; la donna veniva condannata a rifondere le spese di primo e secondo grado a tutti gli appellati.

La controversia arrivava quindi avanti alla Corte di Cassazione, che annullando con rinvio la sentenza di secondo grado analizzava la questione del consenso informato quale diritto inviolabile della persona.

LA DECISIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

In particolare, la Suprema Corte, ribadendo come il dovere d'informazione assuma un rilievo fondamentale nell'ambito della

professione medica quale dovere autonomo rispetto alla stessa colpa professionale, ha ribadito come sia da considerarsi superata la tesi giurisprudenziale secondo cui il vizio inerente al consenso informato sia motivo di responsabilità precontrattuale.

Partendo dalla considerazione che l'attività medica si compone di due fasi - quella preliminare di diagnosi e l'altra terapeutica o d'intervento - solo al completamento della fase diagnostica subentra il dovere del medico di informare il paziente in ordine alla natura e agli effetti del trattamento manifestatosi come necessario. La fattispecie in esame, infatti, "si caratterizza da un contestuale errore di informazione e di assenso all'atto chirurgico, ma l'errore diagnostico non deriva da colpa lieve, ma da una gravissima negligenza, l'aver operato prima di avere la certezza di un tumore conclamato e diffuso tale da rendere improrogabile l'intervento".

Da queste premesse consegue l'inevitabile inclusione dell'obbligo d'informazione nella complessa prestazione medica e la responsabilità contrattuale per il suo inadempimento o inesatto adempimento.

La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che sulla base di queste considerazioni non può dirsi avvenuto, nel caso di specie, un incontro di volontà efficace in relazione ad un contenuto fuorviante dell'informazione medica. L'ennesima conferma che può dunque sussistere uno spazio risarcitorio in caso di violazione del diritto dell'autodeterminazione.

Dott. Federico Breschi

**TRASFERIMENTO DELLA SEDE DI
DISTRIBUZIONE DI MEDICINALI:
ATTENZIONE ALLA PREVENTIVA COMUNICAZIONE
ALLA REGIONE**

CASSAZIONE CIVILE, II°, 28/12/2012, N. 24136

Con la sentenza qui in esame i giudici della Corte di Cassazione Civile si sono pronunciati, in materia di distribuzione di specialità medicinali per uso umano, sull'interessante tema del trasferimento della sede presso la quale tale attività viene esercitata. Di seguito il fatto: con ordinanza – ingiunzione notificata dal Comune di Padova veniva contestata ad una società distributrice di forniture dentali la violazione dell'art. 15, comma 2, del D.Lgs. n. 538/1992 e richiesto il contestuale pagamento di una sanzione amministrativa per aver violato "gli obblighi connessi allo stesso decreto legislativo", in quanto era stata proseguita *"l'attività di distribuzione di specialità medicinali nei magazzini siti in via, anziché in, omettendo di darne preventiva comunicazione alla Regione"*.

La società ingiunta proponeva opposizione avverso la sanzione irrogata adducendo, fra gli altri motivi, la presunta insussistenza, all'interno della richiamata normativa, di una disposizione che esplicitamente prevedesse l'obbligo di comunicare la variazione della sede in cui viene svolta la suddetta attività.

Ed ecco che la Corte di Cassazione, nel confermare la assoluta legittimità della sanzione irrogata, istituisce un interessante collegamento con l'art. 6 del citato decreto, sottolineando come lo stesso, fra l'altro, preveda alla lettera a) *".....l'obbligo per il titolare dell'autorizzazione alla distribuzione all'ingrosso di medicinali di rendere i locali, le installazioni e le attrezzature accessibili in ogni momento agli agenti incaricati di ispezionarli"*. Secondo il ragionamento svolto dai giudici *".....la necessità di consentire il controllo da parte degli agenti che devono potere avere in ogni momento accesso ai locali in cui viene esercitata l'attività di distribuzione dei medicinali postula necessariamente che il trasferimento della sede sia tempestivamente comunicato, perché altrimenti sarebbe del tutto inutile avere previsto – quale condizione*

indefettibile per il rilascio dell'autorizzazione – che il richiedente disponga di locali, di installazioni e di attrezzature idonei, sufficienti a garantire una buona conservazione ed una buona distribuzione dei medicinali (art. 3 del citato decreto)".

In altre parole, al di là della esplicita previsione o meno dell'obbligo di comunicare alla Regione l'avvenuto trasferimento della sede presso la quale si esercita attività di distribuzione di medicinali, una interpretazione logica ed armonizzata della relativa disciplina rende irrinunciabile e necessaria detta comunicazione, onde consentire alle autorità preposte di poter procedere ai controlli di idoneità dei luoghi che, questi sì, la legge espressamente prescrive.

dott. Silvia Pari

AI CONTRATTI TRA ASL E STRUTTURE SANITARIE SI APPLICA IL D.LGS 231/02 SUGLI INTERESSI DA RITARDATO PAGAMENTO.

TRIB. CATANZARO, SEZ. II, SENTENZA 18/01/2013
Così ha stabilito la recente sentenza del Trib. Catanzaro, sez. II, sentenza 18 gennaio 2013 (est. L. Nania).

Dopo aver fatto il punto dei diversi istituti giuridici che si applicano ai contratti che intercorrono tra strutture accreditate (sanitarie e socio-assistenziali) e ASL, il Tribunale di Catanzaro sancisce - per la prima volta - l'applicazione del D.Lgs 231/02 sui ritardi nelle transazioni commerciali al debito delle ASL nei confronti dei soggetti contrattualizzati.

Molto sinteticamente.

La controversia nasce dalla richiesta da parte di una RSA alla Regione Calabria del pagamento dell'importo di euro 415.547,56, oltre interessi ex D. Lgs. 9/10/2002, n. 231.

Oltre alle argomentazioni sostanziali sulla nullità del contratto (anch'esse smentite dal Tribunale) la Regione sosteneva la non applicabilità del D.Lgs 231/02 a tale tipologia di rapporti, trattandosi una "tariffa" predeterminata e non di prezzo commerciale.

Sul punto il Tribunale smentisce la Regione. Dando atto, infatti, che alcune sentenze nel passato hanno escluso la possibilità di applicare gli interessi ex dlgs 231/2002 ai rapporti fondati sull'accreditamento delle strutture sanitarie in quanto non qualificabili come "transazione commerciali" (TAR Cagliari, 3/12/2008 n. 2151; Trib. Nocera Inferiore 14/10/2004), il Tribunale di Catanzaro rovescia tale orientamento sulla base delle seguenti argomentazioni

Afferma infatti il giudice che:

- sia il decreto legislativo che la Dir. 2000/35/CE considerano come transazione commerciale qualunque contratto (a prescindere dalla sua natura, sia essa privatistica o pubblicistica-concessoria) che contempra lo scambio tra l'effettuazione di un servizio ed il pagamento di un corrispettivo;
- la posizione della giurisprudenza di legittimità (Cass. civ. 9 marzo 1971 n. 649; Cass. civ. 10 aprile 1964 n. 835), stabilisce che la patrimonialità di una prestazione, per effetto dell'art. 1174 c.c., non si ha soltanto se la prestazione abbia un intrinseco valore patrimoniale, ma anche quando lo riceva "di riflesso" dalla natura della controprestazione: vale a dire che ove sia pattuito un compenso monetario per una certa prestazione, essa assume carattere patrimoniale in quanto oggetto di valutazione economica delle parti;
- in ogni caso l'espressione "prestazione di servizi", contenuta nel D. Lgs. n. 231/2002, è di portata talmente ampia da poter includere tanto attività immediatamente rilevanti sotto il profilo patrimoniale quanto attività di carattere spiccatamente non patrimoniale (come l'assistenza a persone disabili), sicché la natura della prestazione non risulta essere decisiva ai fini dell'applicabilità della normativa in esame;
- l'interesse primario perseguito dal legislatore comunitario è stato quello di scoraggiare i ritardi nel pagamento del corrispettivo per l'attività di impresa,

attraverso l'approvazione di una disciplina repressiva e, quindi, dissuasiva della morosità che prescinda dalla tipologia del contratto e della prestazione resa nonché dalla natura, pubblica o privata, del debitore (cfr. Direttiva 2000/35/CE, considerando n. 7, 16, 19, 22).

In sostanza, secondo il Giudice, il D.Lgs. 231/2002 si applica in generale a tutti i contratti tra ASL e aziende sanitarie in quanto sussiste l'erogazione di un servizio dietro pagamento di un corrispettivo.

Da ultimo molto interessante il tema del danno erariale.

In forza della giurisprudenza intervenuta gli interessi che la PA è chiamata a pagare a causa del ritardato pagamento costituiscono danno erariale (Corte dei Conti Sardegna 20 dicembre 2011 deliberazione 118/2011): per questo motivo il giudice ha deciso di inviare gli atti alla Corte dei Conti competente.

Avv. Silvia Stefanelli

DECRETO TRASPARENZA: TRASPARENZA SULLE NOMINE DEI DIRETTORI GENERALI, ACCREDITAMENTI SANITARI E CONTRATTI

LEGGE 190/2012

Si apre una nuova era nei rapporti tra cittadini/imprese e Pubblica Amministrazione. La strada è stata segnata dall'art. 1 comma 36 della legge 190/2012 (c.d. legge anticorruzione) che delegava il Governo ad emanare, entro sei mesi, un decreto sulla trasparenza della Pubblica amministrazione.

Più esattamente, fatta la ricognizione degli (scarni) obblighi di trasparenza già vigenti (legge 150/2009), il Governo è stato chiamato ad ampliare tale tipologia di obblighi con un obiettivo molto chiaro: consentire la conoscenza dei dati che permettono la valutazione in ordine all'uso delle risorse pubbliche nonché allo svolgimento e ai risultati delle funzioni amministrative.

Con una logica diversa dall'accesso agli atti della legge 241/90 (che consente al privato di accedere agli atti di un procedimento rispetto

al quale dimostra di avere un interesse concreto), il legislatore amplia in maniera veramente rilevante la tipologia di atti di cui tutti possono avere conoscenza, in quanto atti strettamente connessi al buon funzionamento della P.A.

Il decreto attuativo della legge anticorruzione – subito denominato “Decreto Trasparenza” – è stato approvato nella seduta del Consiglio dei Ministri del 18 febbraio 2013.

Punto cardine della disciplina è l’art. 3 che così sancisce:

“tutti i documenti, le informazioni ed i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente...”.

Per accedere agli atti è sufficiente fare domanda (non motivata) che deve essere gratuita; la P.A. ha 30 gg per rispondere. Nel caso di ritardo si applica l’art. 2 co 9 bis l.n. 241/’90 che trasferisce l’obbligo di adempimento in capo al dirigente generale (art. 5). Va da sé, poi, che in carenza di risposta potrà essere attivata la procedura contro il silenzio inadempiuto.

Per quanto poi attiene all’ambito sanitario, tenuto conto che si tratta di un settore particolarmente esposto a pratiche corruttive (così nella Relazione Illustrativa) si aprono veramente nuove porte.

Il Capo V del decreto, intitolato “Obblighi di pubblicazione in settori speciali” stabilisce l’obbligo di pubblicazione relativamente a

- informazioni relative alle procedure per l’affidamento dell’esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture (art. 37);
- delibere a contrarre nel caso dell’art. 57 co 6 Dlgs 163/2006 (procedura negoziata senza bando di gara) (art. 37) ;
- informazioni ed i dati relativi alle procedure di conferimento degli incarichi di Direttore Generale, Amministrativo, Sanitario nonché responsabile di Dipartimento e Strutture semplici (art. 41);

- elenco delle strutture private accreditate (art. 41);

- elenco degli accordi intercorsi con le strutture stesse (art. 41);

- liste di attesa per ciascuna tipologia di prestazione erogata sia da parte di strutture pubbliche che private (art. 41);

Il modello di ispirazione è quello del Freedom of Information Act statunitense, che garantisce l’accessibilità di chiunque lo richieda a qualsiasi documento o dato in possesso delle PA, salvo i casi in cui la legge lo esclude espressamente (es. per motivi di sicurezza).

avv. Silvia Stefanelli

ANTITRUST: PIÙ LIBERTÀ PER LA SANITÀ PRIVATA!

REGOLAMENTAZIONE REGIONALE IN MATERIA DI APERTURA DEI PUNTI DI PRELIEVO DEI LABORATORI DI ANALISI PRIVATI

AUTORITÀ GARANTE CONCORRENZA MERCATO

PARERE AS1015 DEL 24/12/2012

I vincoli posti alla realizzazione ed all’apertura strutture sanitarie private sono misure restrittive della concorrenza che non hanno giustificazioni sotto il profilo antitrust, come pure dal punto di vista della garanzia della sostenibilità finanziaria del servizio sanitario pubblico.

Questa la valutazione dell’Antitrust della normativa regionale del Veneto che sottopone la realizzazione di nuovi punti di prelievo ad un vero e proprio contingentamento fondato, in buona sostanza, su una valutazione discrezionale dell’Amministrazione in merito alla necessità della nuova struttura per soddisfare effettive esigenze e opportunità assistenziali nell’area geografica di riferimento. L’Authority più volte in passato si è pronunciata in merito alla normativa nazionale e delle regioni in materia di autorizzazioni delle strutture sanitarie, rilevando, fin da prima dell’approvazione del c.d. Decreto Bindi

(D.lgs. 229/1999 che ha introdotto il regime autorizzativo attualmente vigente) come le barriere all'ingresso di soggetti nuovi nel mercato dei servizi sanitari già in sede di procedimento di autorizzazione alla realizzazione rappresentassero misure del tutto sproporzionate soprattutto ove fondate su valutazioni inerenti la programmazione del servizio sanitario pubblico applicate a soggetti che, in effetti, non andavano, con l'autorizzazione appunto, a pesare sul bilancio della sanità pubblica.

Questo il leitmotiv che l'Authority ha ripetuto per anni ad ogni livello di governo, nazionale e regionale: "Criteri di compatibilità finanziaria possono essere presi in considerazione solo per limitare, tramite gli accreditamenti e gli accordi, l'ingresso e la permanenza degli operatori nel settore più ristretto delle prestazioni a carico del SSN, mentre non dovrebbero essere utilizzati per limitare, tramite autorizzazioni discrezionali, le possibilità degli operatori di entrare nel settore più ampio delle prestazioni che non gravano sull'erario pubblico" (Segnalazione AS 175 del 19 maggio 1999).

Ultimamente l'Authority era tornata sul punto sollecitata dagli esposti di alcuni imprenditori della sanità privata laziale, denunciando ancora una volta da un lato l'inadeguatezza del sistema normativo delle autorizzazioni della Regione Lazio, che aveva causato sostanzialmente un blocco delle nuove autorizzazioni, e dall'altro l'ingiustificabile inerzia della stessa amministrazione regionale ai numerosi solleciti inviati in proposito tanto dagli imprenditori interessati quanto

dall'Autorità stessa. Un sistema quello laziale ampiamente insoddisfacente per l'Antitrust, gravemente ed ingiustificatamente lesivo delle posizioni delle imprese private del settore sanitario (Segnalazione AS852 del 18 Luglio 2011).

Nell'ultima pronuncia, l'Antitrust ha ribadito quanto in passato denunciato, qualificando in maniera chiarissima come i vincoli imposti questa volta dalla Regione Veneto alla realizzazione di nuovi laboratori di analisi "non possano trovare alcuna giustificazione sotto il profilo antitrust". Anche dall'Antitrust, dunque, viene un ulteriore sollecito ai legislatori della sanità affinché provvedano a rendere il sistema delle autorizzazioni compatibile con una regolazione del mercato dei servizi più liberale, Così ponendosi l'amministrazione indipendente sul solco poi seguito dallo stesso Consiglio di Stato con la ormai nota sentenza del 29/1/2013, n. 550.

In base a tale filone interpretativo è dunque illegittimo, oltre che irragionevole, vietare de imperio l'esercizio di un'attività sanitaria ad un soggetto che ne possiede i requisiti, essendo del tutto escluso che le strutture meramente autorizzate possano andare a pesare sulle disastrose finanze della sanità pubblica ed essendo piuttosto vero il fatto che un potenziamento della rete di assistenza privata, soprattutto nel settore ambulatoriale, possa alleviare il peso che rischia di schiacciare definitivamente le elefantache strutture pubbliche.

Avv. Edoardo Di Gioia