

STUDIO LEGALE

STEFANELLI & STEFANELLI

LETTERA INFORMATIVA
APRILE 2013

In questo numero

Ultime dallo studio

Appalti

- La tassatività delle cause di esclusione vale anche per gli appalti di servizi di cui all'all. IIB D.LGS. N. 163/2006.
- Due commissioni giudicatrici: è illegittimo l'operato della P.A. che valuta le risultanze di gara mediante due diversi collegi
- Quali sono i lavoratori che contano ai fini del computo degli oneri per la sicurezza in una gara d'appalto?
- E' aperta la consultazione pubblica per la determinazione delle indicazioni per le "Reti d'Imprese" per partecipare alle pubbliche gare
- E' inammissibile l'ottemperanza per L' esecuzione una sentenza di rigetto
- Anche una società privata deve consentire l'accesso se è sub-concessionaria ed anche se gli atti sono di natura privatistica

Imprese

- Sanzioni 231: la Costa Crociere patteggia per un milione di euro
- Nasce l'indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata
- Silenzio della PA e diritti soggettivi: una questione da giudice ordinario!

Sanità

- Necessaria la presenza di uno specialista in scienze dell'alimentazione
- L'art 3, comma 1, della L. N. 189/2012: le prime - opposte - interpretazioni della giurisprudenza in materia di responsabilità civile
- La rimborsabilità dei farmaci di fascia "A" ed il potere discrezionale delle Regioni in merito: il chiarimento del Consiglio di Stato

Allegato alla Lettera Informativa di Aprile 2013 un approfondimento a cura degli [avv. Andrea Stefanelli e Silvia Stefanelli](#):

***"Il Tar Lazio annulla l'elenco-prezzi dei dispositivi medici predisposto dall'autorità di vigilanza ...
... ma il Ministero Salute aveva già emanato un decreto per fissare nuovi prezzi di riferimento"***

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

E' NATO IL NUOVO QUOTIDIANO GIURIDICO ON-LINE :

<http://www.appaltiesanita.it/>

Appalti & Sanità

Il quotidiano giuridico per gli operatori
economici e le strutture sanitarie

La rivista, curata dagli avv. Andrea e Silvia Stefanelli, tratterà le seguenti
materie:

- Autorizzazioni ed accreditamenti
 - Dispositivi Medici
- Procedure di gara ed esecuzione
 - Pubblicità e concorrenza
- Recupero crediti nei confronti della P.A.
- Responsabilità Amministrativa e Medica

Vi comunichiamo, inoltre, che in qualità di iscritti alla Lettera Informativa dello
Studio Stefanelli la Casa editrice Maggioli provvederà ad inviarvi i primi
aggiornamenti del sito.

successivamente, ove abbiate piacere di continuare a ricevere la NewLetter del
sito dovrete iscrivervi.

L'iscrizione è gratuita: <http://www.appaltiesanita.it/iscrizione-alla-newsletter/>

MERCATO ELETTRONICO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (M.E.P.A.):

Dal 15.4 lo Studio Legale Stefanelli&Stefanelli mette a disposizione un NUOVO servizio di consulenza completo per l'abilitazione sul MEPA, per la gestione del Catalogo di ogni azienda nonché per la consulenza per RdO (Richiesta di offerta) ed OdA (Ordine di acquisto)

Medical Device School,

Milano 4, 5 e 6 Giugno 2013

L' avv. avv. Silvia Stefanelli

interviene su: "*L' etichettatura e le informazioni per l' uso dei Dispositivi Medici*" e su "*La pubblicità dei Dispositivi Medici*"

LA FUNZIONE ACQUISTI E LA COMPLESSITA' DELLE NORME CHE REGOLANO I CONTRATTI DI BENI E SERVIZI

L' avv. Andrea Stefanelli interviene al
Convegno Associazione Lombarda
Economisti (A.L.E.) Milano, 24 maggio 2013

LA RIPRESA DEGLI APPALTI

L' avv. Andrea Stefanelli interviene al Convegno organizzato
da Roga Italia Milano 31 Maggio 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

APPALTI

LA TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE VALE ANCHE PER GLI APPALTI DI SERVIZI DI CUI ALL'ALL. IIB D.LGS. N. 163/2006.

T.A.R. PALERMO, III°, 19/3/2013, N. 647

Il T.A.R. Palermo ha affrontato due importanti questioni relative l'una al deposito di una cauzione provvisoria d'importo inferiore a quello richiesto dalla stazione appaltante, l'altra relativa alla (nota vicenda della) tassatività delle cause d'esclusione di cui all'art. 46, comma 1bis, D.Lgs. n. 163/2006 con particolare riguardo alla sua applicabilità agli appalti di servizi di cui all'All. IIB del medesimo decreto.

E' orientamento ormai prevalente della giurisprudenza quello secondo cui risulta illegittima l'esclusione da una gara disposta nei confronti di un concorrente che abbia depositato una cauzione provvisoria d'importo insufficiente e/o deficitario rispetto a quanto richiesto dalla lex specialis, ovvero una cauzione incompleta (e non già del tutto assente) atteso che, in tal caso, l'impresa concorrente ben può essere invitata ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto. La disposizione dell'art. 75 D.Lgs.n. 163/2006 va infatti intesa alla luce del principio di tassatività delle cause d'esclusione, nel senso che la P.A. appaltante non può disporre l'estromissione di un concorrente per cause non espressamente contemplate dal Codice appalti e, nel caso specifico della cauzione provvisoria, appunto l'art.75 non dispone affatto l'esclusione in caso di presentazione di una cauzione d'importo inferiore a quello richiesto, consentendo conseguentemente l'applicazione dell'art. 46, comma 1° che dispone la facoltà d'integrazione di documentazione incompleta presentata in gara. Ciò posto dunque, nonché

trattandosi specificamente di un appalto di servizi sanitari, il TAR siciliano coglie anche l'occasione per confermare che il principio della tassatività delle cause di esclusione si applica anche agli appalti di servizi di cui all'All. IIB del medesimo D.Lgs.n. 163/2006, che dalla lettura dello stesso Codice vede diversamente l'obbligo d'applicazione solo di alcuni limitatissimi articoli (fra cui non si annovera il citato art. 46).

Avv. Claudia Patti

DUE COMMISSIONI GIUDICATRICI: È' ILLEGITTIMO L'OPERATO DELLA P.A. CHE VALUTA LE RISULTANZE DI GARA MEDIANTE DUE DIVERSI COLLEGI

T.A.R ROMA, III°, 7/3//2013, N. 2456

Interessante sentenza con cui il T.A.R. Lazio – Roma ha proclamato l'illegittimità delle operazioni di una gara d'appalto in cui sono state nominate due distinte ed autonome commissioni giudicatrici; la giurisprudenza è infatti ormai concorde nel sostenere che dall'art. 84 del Codice dei Contratti si ricavi il principio dell'unicità della Commissione di gara in ordine alla generale attività valutativa, dovendosi riservare ad una unica Commissione l'attività di valutazione e attribuzione del punteggio. Nel caso di specie peraltro il Collegio, ritenendo dirimente la circostanza che nel Disciplinare di gara si facesse sempre riferimento ad un'unica commissione giudicatrice "sia per la valutazione delle offerte tecniche e attribuzione del relativo punteggio, sia in riferimento al resto delle attività", ha sottolineato la conseguente inefficienza nonché illegittimità nel procedere alla nomina di due distinte commissioni valutatrici.

Avv. Claudia Patti

ONERI SICUREZZA

QUALI SONO I LAVORATORI CHE CONTANO AI FINI DEL COMPUTO DEGLI ONERI PER LA SICUREZZA IN UNA GARA D'APPALTO?

TAR SARDEGNA, I°, 27/2/2013, N.164

In una gara per l'affidamento dei servizi di pulizia di un Comune della provincia di Sassari la stazione appaltante procedeva all'esclusione di una delle partecipanti, che si risolveva ad impugnare il provvedimento davanti al TAR lamentando come il Comune avesse erroneamente valutata l'offerta dell'aggiudicataria, che riteneva potersi mantenere invariati i costi relativi agli oneri per la sicurezza anche all'aumentare del numero dei dipendenti impiegati nell'appalto stesso.

Il TAR territoriale ha però censurato detta doglianza, ritenendo che la ricorrente non avesse prestato sufficiente attenzione al dettato letterale del D.Lgs. 81/2008; la disciplina sulla sicurezza nei luoghi di lavoro, infatti, dispone che ai fini della determinazione del numero di lavoratori (da cui il Decreto Legislativo fa discendere particolari obblighi) vadano esclusi i dipendenti assunti "a termine" con motivazioni sostitutive nonché quelli che rendono, nei confronti del datore di lavoro, le c.d. "prestazioni occasionali".

Pertanto, seppure era vero che nel caso in questione l'aggiudicataria avesse formulato un'offerta tecnica indicando un numero di lavoratori ben superiori a quelli presentati dalla società ricorrente, ma lasciando tuttavia invariati i propri oneri per la sicurezza, ciononostante questo era possibile in considerazione della particolare natura dei contratti di quei lavoratori ulteriormente assunti; vero è infatti che, ai fini della sicurezza, nel computo dei lavoratori vadano conteggiati solo quelli stabilmente assunti, senza invece avere alcun riguardo per quelli che, pur essendo alle dipendenze dell'appaltatore, risultino tuttavia assunti con "contratti non stabilizzati" ed, in tal senso,

certamente lo sono sia le collaborazioni occasionali che i contratti a termine avente natura sostitutiva.

Pertanto si tenga conto, per la partecipazione alle future gare, che gli oneri di sicurezza non devono essere conteggiati per i lavoratori non stabilmente assunti.

Avv. Andrea Marinelli

RETI D'IMPRESA

E' APERTA LA CONSULTAZIONE PUBBLICA PER LA DETERMINAZIONE DELLE INDICAZIONI PER LE "RETI D'IMPRESA" PER PARTECIPARE ALLE PUBBLICHE GARE

DOCUMENTO CONSULTAZIONE AVCP

Come è noto con il D.L. n. 179/2012 le aggregazioni di imprese aderenti al cd. "Contratto di rete" sono state ammesse a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica, giusta modificazione apportata dall'art. 34, comma 1 lett. e) bis del Codice degli appalti (D.Lgs.n. 163/2006); il nuovo comma 15-bis del citato art. 37, infatti, stabilisce che la disciplina prevista per i raggruppamenti temporanei di imprese ed i consorzi è applicabile, in quanto compatibile, anche al Contratto di rete.

Il Legislatore, tuttavia, ha lasciato all'interprete il compito di chiarire quali siano i limiti di detta compatibilità.

Per questo motivo l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha provveduto a redigere un documento che chiarisce tali limiti e lo ha sottoposto ad una consultazione online (conclusa lo scorso 15/4), a cui farà seguito una Determinazione della stessa A.V.C.P..

Già il documento di determinazione, tuttavia, chiarisce inequivocabilmente alcuni punti fondamentali come, ad esempio, che la partecipazione congiunta alle gare di appalto dev'essere individuata dai contraenti come uno degli scopi del contratto di rete, nonché espressamente indicato nell'oggetto e nel programma comune; in altri termini la volontà delle parti di partecipare a gare di appalto "in

rete" dovrà dunque evincersi chiaramente già dal contratto.

L'Autorità ha poi individuato delle modalità partecipative diverse a seconda del tipo di strutturazione della rete, ovvero della previsione (o meno) di un organo esecutivo comune che può essere (ma non necessariamente) dotato di poteri di rappresentanza.

Tale documento di determinazione dei limiti e delle modalità di stipula del contratto di rete di è stato sottoposto alla valutazione degli operatori del mercato e delle stazioni appaltanti, affinché possa delinearci un quadro di regole largamente condiviso che, conclusa la fase di consultazione, sarà reso pubblico dall'AVCP in tempi relativamente brevi.

avv. Eleonora Lenzi

RECUPERO CREDITI P.A.

E' INAMMISSIBILE L'OTTEMPERANZA PER L'ESECUZIONE UNA SENTENZA DI RIGETTO

CONS. STATO, VI°, 26/3/2013 N. 1675

La legge prevede che chiunque vanti un credito (munito di titolo esecutivo) possa agire esecutivamente nei confronti anche di una Pubblica Amministrazione ma, accanto agli strumenti generalmente messi a disposizione dal Codice di Procedura Civile (pignoramenti mobiliari, immobiliari, presso terzi ecc.), nel caso in cui il debitore sia una P.A. esiste un altro strumento (a volte molto più efficace di quelli precedentemente elencati), ovvero il ricorso per ottemperanza. E' una procedura di stampo amministrativo che prevede la facoltà del creditore, una volta ottenuta una sentenza a Lui favorevole di pagamento, di ricorrere al TAR competente affinché venga cristallizzato un termine perentorio per il versamento da parte del debitore pubblico e, nel caso d'inutile decorso di detto termine, il medesimo TAR provvederà allora a nominare un Commissario ad Acta il quale, sostituendosi alla P.A.

rimasta inerte, ha il potere di far eseguire "materialmente" il pagamento richiesto.

Nella sentenza in oggetto succedeva che alcuni dipendenti pubblici ricorrevano al Giudice amministrativo per vedersi riconosciute, da parte dell'INPS, alcune maggiorazioni nelle loro indennità di buonuscita ed il TAR riconosceva detto loro diritto; tuttavia tale pronuncia veniva riformata in appello a sfavore dei ricorrenti, i quali si trovavano quindi costretti a restituire le indennità già percepite ma detti dipendenti, in buona fede, su espressa richiesta dell'INPS, provvedevano a restituire, oltre alle somme percepite, anche gli interessi, seppure la sentenza nulla avesse statuito in merito.

Di conseguenza detti dipendenti pubblici, una volta accortisi dell'"errore", richiedevano all'INPS la restituzione retroattiva degli interessi ma l'ente previdenziale rimaneva inerte, ragion per cui tali dipendenti si rivolgevano nuovamente al Giudice amministrativo per richiedere la corretta ottemperanza della sentenza a suo tempo emessa dal Consiglio di Stato; secondo i ricorrenti, infatti, poiché la sentenza di 2° grado non riconosceva gli interessi, l'INPS non solo non avrebbe potuto chiederli ma, vieppiu', eppure "accettarli".

Il Consiglio di Stato tuttavia, investito della questione, negava la possibilità stessa di ricorrere allo strumento dell'ottemperanza in quanto "il ricorso per l'esecuzione di giudicato [...] non è utilizzabile per l'esecuzione di pronunce di rigetto, anche in mancanza di un'espressa regola che circoscriva l'ottemperanza alle sole decisioni di accoglimento". In altri termini, se è pur vero che dalla sentenza di rigetto scaturiva, nei confronti dei ricorrenti, un astratto diritto alla restituzione degli interessi (in quanto non previsti e, quindi, non richiedibili), gli stessi tuttavia avrebbero dovuto ricorrere nuovamente alla magistratura per accertare il loro diritto alla restituzione di detti interessi,

chiedendo quindi una specifica condanna alla loro restituzione da parte della pubblica amministrazione e non, invece, agire attraverso lo strumento del giudizio di ottemperanza, che è utilizzabile nei soli casi in cui gli obblighi di pagamento risultino certi e dovuti (anche nel loro ammontare) e non, invece, nell'ipotesi in cui si debba chiedere la messa in esecuzione di una sentenza "negativa" (ovvero di rigetto).

avv. Adriano Colombari

ACCESSO AGLI ATTI

ANCHE UNA SOCIETÀ PRIVATA DEVE CONSENTIRE L'ACCESSO SE È SUBCONCESSIONARIA ED ANCHE SE GLI ATTI SONO DI NATURA PRIVATISTICA

CONSIGLIO STATO, VI°, 28/3/2013, N. 1835

La recente pronuncia del Consiglio di Stato in commento contribuisce ancora una volta a chiarire e definire il campo dei soggetti "passivi" a cui è quindi applicabile la normativa sull'accesso ex art. 22 comma 1°, lett. e) della Legge n. 241 del 1990.

Nel caso di specie il Consiglio di Stato interviene su un ricorso presentato dalla società Aeroporti di Roma S.p.a., che aveva chiesto la riforma della sentenza del Tar Lazio, n. 4381/2012 in cui veniva accolta la domanda presentata da 5 società, operatrici del settore dell'handling" per l'accesso agli atti di subconcessione ed ai contratti stipulati tra la stessa Aeroporti di Roma s.p.a. (società gestrice dello scalo romano) ed Alitalia riguardanti la disciplina e le modalità di utilizzo del Terminal 1 dell'aeroporto Leonardo da Vinci nonché la gestione delle infrastrutture del sistema di smistamento dei bagagli in transito.

La società Aeroporti di Roma aveva negato detto accesso insistendo sulla propria natura di società privata, a capitale interamente privato, nonché eccependo che

1) gli atti oggetto della richiesta d'accesso non erano espressione dell'esercizio di pubblici

poteri, in quanto l'attività di handling risulta disciplinata da contratti di natura privatistica tra le compagnie aeree e le ditte fornitrici;

2) non vi era alcun interesse all'ostensione dei predetti documenti da parte delle società istanti, in quanto la subconcessione è un istituto di natura dichiaratamente privatistica (diverso dalla concessione e dall'appalto), rilasciata peraltro in base a criteri di logicità, economicità e ragioni di libero mercato, ma non concernente l'attività di handling.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, ha respinto tali argomentazioni sulla scorta di precedenti decisioni dell'Adunanza Plenaria (vds. NewsLetter Febbraio 2013) secondo cui "l'ambito di applicazione delle norme in materia di accesso involge non solo l'attività puramente autoritativa, ma tutta l'attività funzionale alla cura degli interessi pubblici, inclusi gli atti di diritto privato, posti in essere dalle pubbliche amministrazioni o da soggetti privati, gestori di pubblici servizi"; ciò posto, quindi, quello che rileva ai fini dell'ostensibilità dei documenti non è la natura pubblica o privata del soggetto acceduto, bensì l'oggetto dell'attività di pubblico interesse identificata dal diritto nazionale e comunitario.

Superato quindi l'argomento relativo alla legittimazione del soggetto passivo dell'istanza nonché quello riguardante la natura dei documenti a cui poter accedere, il Consiglio è passato ad esaminare la natura dell'interesse dei richiedenti collegato al documento di cui si richiedeva la visione ed, a tal proposito, la sentenza in commento chiarisce, nel passaggio certamente più importante, chiarisce come il rapporto di strumentalità debba intendersi in senso ampio e che "la documentazione richiesta deve costituire un mezzo potenzialmente utile alla tutela (non necessariamente giudiziale) della situazione giuridicamente rilevante, non richiedendosi che essa sia idonea a costituire strumento di prova diretta della lesione dell'interesse tutelato", prescindendo dunque

dalla fondatezza della pretesa sostanziale sottostante.

Pertanto l'obiezione che la documentazione richiesta non avrebbe ad oggetto attività di handling poiché non rientrante nella disponibilità della Aeroporto di Roma s.p.a., (in quanto non figurano tra quelle trasferite dalla concessione principale ed attinenti ai rapporti contrattuali tra i singoli vettori e i rispettivi handler) non è dunque risolutiva, atteso che la stessa società riconosce di aver subconcesso ad Alitalia l'utilizzo di alcune aree aeroportuali e che la stessa Alitalia opera anche come handler in proprio e per altre

compagnie aeree; per tali ragioni, quindi, "non può [...] negarsi la pertinenza della richiesta di accesso e l'interesse delle richiedenti a conoscere il contenuto degli atti, riguardanti la gestione delle aree aeroportuali, fruite da un soggetto che è anche un operatore dell'handling e dunque, per tale segmento di attività, svolge lo stesso tipo di attività economica delle appellate in regime di concorrenza, nel medesimo ambito aeroportuale".

Dott. Fabio Caruso

IMPRESE

RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DELLE IMPRESE (D.LGS. 231/2001)

SANZIONI 231: LA COSTA CROCIERE PATTEGGIA PER UN MILIONE DI EURO

Quantificata in un milione di euro la sanzione che il GIP di Grosseto ha applicato alla Costa Crociere ai sensi del D.lgs. 231/2001 sulla Responsabilità Amministrativa delle imprese a seguito della richiesta di patteggiamento avanzata dalla stessa Costa Crociere. Tra le prime condanne in Italia in materia di reati ambientali, introdotti dal D. Lgs. 121/2011 tra le fattispecie di reato ai sensi del D.lgs. 231/2001.

La società si sarebbe potuta esonerare dalla responsabilità amministrativa se avesse adottato un Modello di Organizzazione gestione e controllo del rischio reato e nominato un organismo di vigilanza.

Chiuso il capito relativo alla responsabilità 231 o amministrativa, che con la sentenza di patteggiamento la Costa Crociere spa esce dall'elenco degli imputati nel processo sul naufragio avvenuto all'Isola del Giglio il 13 gennaio 2012, resta aperto il procedimento penale che accerterà le responsabilità personale dei soggetti coinvolti nel naufragio in cui la Costa Crociere ha annunciato di costituirà parte civile.

Avv. Alessandra Delli Ponti

IMPRESE

NASCE L'INDICE NAZIONALE DEGLI INDIRIZZI DI POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA

D.M. 19/3/2013, PUBBL. IN G.U. 9/4/2013 N. 83

Con il D.M. 19/3/2013 il Ministero dello Sviluppo Economico ha stabilito le modalità di realizzazione e gestione - nonché di consultazione - dell'Indice nazionale degli

indirizzi di posta elettronica certificata (c.d. INI-PEC).

L'INI-PEC sarà gestito dal Ministero dello Sviluppo e suddiviso in due sezioni, l'una riguardante le imprese e l'altra i professionisti e sarà realizzata mediante comunicazione dei dati, relativamente alle imprese da parte di Infocamere, mentre relativamente ai professionisti da parte dei rispettivi Ordini Professionali, con previsto obbligo d'aggiornamento ogni trenta giorni per i primi sei mesi, che in seguito poi diventerà giornaliero.

L'accesso all'INI-PEC sarà consentito a chiunque tramite un Portale Telematico, senza alcuna necessità di autenticazione; di conseguenza tutti potranno ottenere l'indirizzo di posta elettronica certificata di un'impresa o di un professionista, che potranno poi utilizzare per le comunicazioni (avente pieno valore legale) da inoltrare a questi soggetti.

avv. Eleonora Lenzi

SILENZIO DELLA PA E DIRITTI SOGGETTIVI: UNA QUESTIONE DA GIUDICE ORDINARIO!

CONS. DI STATO SEZ. V SENT. 27/3/2013 N. 17

Il risarcimento danni a seguito della violazione di un interesse legittimo è decisa dal Giudice Amministrativo; al contrario se si tratta della violazione di un diritto soggettivo si deve andare davanti al Giudice Ordinario.

Questo il principio di diritto sancito (una volta di più si potrebbe dire) dal Consiglio di Stato nella sentenza in esame.

IL FATTO

La Provincia di Avellino con ricorso innanzi al TAR Campania, impugnava il silenzio serbato dal Comune di Santo Stefano del Sole sulla istanza diffida con la quale la stessa amministrazione provinciale aveva richiesto il versamento, previa liquidazione e corretta

contabilizzazione, delle somme dovute a titolo di Tributo per l'Esercizio delle Funzioni di Tutela, Protezione ed Igiene dell'Ambiente (T.E.F.A.). Tali somme risultavano illegittimamente trattenute dal comune ed erano da determinarsi all'interno di quanto riscosso dall'Ente Locale dai cittadini a titolo di TARSU.

Il TAR riteneva inammissibile il ricorso in quanto fondato su una posizione di diritto soggettivo dell'ente provinciale, escluso, anche nel caso di silenzio della PA, dalla cognizione del giudice amministrativo.

La Provincia di Salerno impugnava la sentenza innanzi al Consiglio di Stato, rilevando come in realtà era esercizio di un potere amministrativo comunale la determinazione dell'esatto importo che tale ente doveva alla provincia a titolo di TEFA, ergo la esclusione delle competenza del giudice ordinario cui è preclusa qualsiasi ingerenza nei pubblici poteri autoritativi.

LA DECISIONE

Il Consiglio di Stato, tuttavia, nella sentenza in esame è di avviso contrario, rigettando il ricorso e confermando quanto già sostenuto dal TAR.

Non v'è dubbio sul fatto che con il procedimento avverso l'inerzia della PA sia possibile ottenere dal Giudice Amministrativo anche una pronuncia che ponga sostanzialmente fine a tale situazione di

inerzia eventualmente entrando anche nel merito della fondatezza dell'istanza del privato (o dell'Ente come nella fattispecie). Non v'è altresì dubbio pure sul fatto che l'azione avverso il silenzio rifiuto sia esperibile solo allorché l'inerzia amministrativa riguardi una istanza del privato vertente su una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo. L'istanza diffida rivolta dall'Ente provinciale al Comune era in sostanza volta ad ottenere quanto già la legge determina come dovuto a titolo di TEFA, restando al Comune non l'esercizio di un potere discrezionale, ma il semplice calcolo aritmetico dell'esatto importo. Pertanto, il supremo collegio della giustizia amministrativa, ha stabilito come, anche nei casi di inerzia della PA, la giurisdizione sia devoluta al giudice ordinario laddove tale inerzia attenga ad un procedimento volto al soddisfacimento di una posizione di diritto soggettivo, quale era quella della Provincia di Avellino nel caso di specie, e non di un legittimo interesse del privato.

Avv. Edoardo Di Gioia

DIRITTO DELLA SANITÀ

DIETE E CENTRI ESTETICI

NECESSARIA LA PRESENZA DI UNO SPECIALISTA IN SCIENZE DELL'ALIMENTAZIONE

Cassazione Penale, VI°, 02-04-2013, n. 15006

Confermata la condanna ex art. 348 c.p. per esercizio abusivo della professione, comminata in primo grado ai titolari di un centro estetico nel quale venivano somministrati consigli alimentari, effettuati controlli sulle intolleranze, richieste ed eseguite analisi del sangue.

Così si è espressa la VI° Sezione della Corte di Cassazione Penale con la sentenza qui in esame, laddove si afferma che " (...) il complesso degli elementi acquisiti ha condotto ad accertare lo svolgimento da parte degli odierni ricorrenti, rispettivamente commercialista naturopata e psicologa (...) quali: qualificazione dei bisogni nutritivi; verifica di corretta assunzione di alimenti; controllo su intolleranze alimentari, tipiche del medico chirurgo specializzato in scienze dell'alimentazione, azioni tutte precedute da anamnesi e richieste di esami del sangue, che venivano poi interpretati dagli odierni ricorrenti e sulla base dei quali erano redatti programmi alimentari. Tali condotte, svolte in maniera sistematica sui clienti del centro (...) gestito dai ricorrenti, evidenziano lo svolgimento della complessiva attività riservata all'esperto in scienze dall'alimentazione (...)".

In altre parole, lo svolgimento di attività inerenti la valutazione e correzione delle abitudini alimentari, condotte attraverso l'esecuzione di test o esami diagnostici, necessita in maniera inderogabile del possesso della particolare qualifica di medico chirurgo specializzato in scienze dell'alimentazione, non potendo invece essere effettuata da soggetti che detta qualifica non possiedono, pena la condanna per esercizio abusivo della

professione ai sensi di quanto disposto dall'art. 348 c.p.

Dott. Silvia Pari

L'ART 3, COMMA 1, DELLA L. N. 189/2012: LE PRIME – OPPOSTE – INTERPRETAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ CIVILE

Del Decreto Balduzzi e delle (ampie o ristrette) modifiche apportate al regime della responsabilità si è lungamente parlato nell'ultimo anno.

Senza dubbio gli aspetti più rilevanti – sui quali sono stati scritti fiumi di parole – attengono alla responsabilità penale.

Ma qualche valutazione si può fare anche in ambito di responsabilità civile.

L'art. 3, comma 1, della L. n. 189/2012 (c.d. Legge Balduzzi, di conversione del D.Lgs. n. 152/2012) infatti così recita:

" (...) L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo (...)".

Ora, chi lavora in tale settore del diritto sa bene che la sentenza Cass Sez Un n. 577/2008, ha definito come "contrattuale" la responsabilità civile sia della struttura sanitaria (pubblica e/o privata che sia) presso alla quale il paziente si è rivolto, sia del medico che tali prestazioni abbia concretamente eseguito.

Da tale costruzione discende un regime probatorio che - secondo le regole dell'onere probatorio in materia contrattuale (Cass 13533/2001) - addossa alla struttura sanitaria

ed medico la prova del mancato raggiungimento dell'esito positivo delle cure. Fatta queste premessa e letto il dettato dell'articolo sorge una domanda: il richiamo all'art. 2043 c.c. contenuto nell'art. 3 del Decreto Balduzzi ha come obiettivo dello di "rovesciare" tale impostazione giurisprudenziale oppure si tratta di una "svista" del legislatore?

La giurisprudenza è già divisa sul punto.

La prima tesi è sostenuta dal giudice Buffone del Tribunale di Varese che nella sentenza n. 1406/2012 così scrive " (...) La norma, con la dichiarata finalità di intervenire contro il dilagante fenomeno della c.d. medicina difensiva, introduce una sorta di esimente speciale nella responsabilità penale medica, circoscrivendola alle sole ipotesi di colpa grave e dolo. Per il caso della colpa lieve, tuttavia, dichiara la persistenza della responsabilità civile del medico; e, però, così facendo, individua quale grimaldello normativo non già l'art. 1218 c.c., bensì l'art. 2043 c.c. (...) Così facendo il legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana (...)".

Secondo il Giudice Buffone, dunque, il legislatore dell'art. 3, comma 1, secondo periodo, sembra dunque avere compiuto in maniera del tutto cosciente un salto indietro nel passato, riconducendo nuovamente il tema della responsabilità professionale medica – laddove ovviamente non esista un rapporto contrattuale diretto tra paziente e sanitario – nell'alveo della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., con tutte le ben note conseguenze in punto di regime probatorio e termine prescrizionale.

Al contrario il Tribunale di Arezzo nella sentenza 14 febbraio 2013 (estensore Giudice

D.Sestini) ha voluto leggere nella norma non già un cambio di rotta del nostro Legislatore, bensì semplicemente una sua leggerezza.

Così in sentenza

" (...) L'art. 3, comma 1, della Legge n. 189/2012, non impone alcun ripensamento dell'attuale inquadramento contrattuale della responsabilità sanitaria (...) ma si limita (nel primo periodo) a determinare un'esimente in ambito penale (i cui contorni risultano ancora tutti da definire), a fare salvo (nel secondo periodo) l'obbligo risarcitorio e a sottolineare (nel terzo periodo) la rilevanza delle linee guida e delle buone pratiche nel concreto accertamento della responsabilità (con portata sostanzialmente ricognitiva degli attuali orientamenti giurisprudenziali) (...)".

In altri termini, nell'opinione del Tribunale di Arezzo, il nostro Legislatore, lungi dall'aver voluto intervenire in maniera così radicale nel settore della responsabilità medica, semplicemente avrebbe voluto ricordarci che, quand'anche il medico debba ritenersi non penalmente responsabile per la condotta posta in essere – ai sensi di quanto disposto dal primo periodo del succitato art. 3, comma 1 – ciò non significa che debba venire meno l'obbligo risarcitorio per la stessa.

Solo il tempo dunque potrà dirci in quale chiave dovrà essere letta la novella disposizione, nella speranza tuttavia che il nostro Legislatore nel frattempo intervenga in materia di responsabilità professionale medica con una disciplina organica e complessiva, atta a risolvere le problematiche di un settore così delicato.

Dott. Federico Breschi

RIMBORSO FARMACI

**LA RIMBORSABILITÀ DEI FARMACI DI FASCIA "A"
ED IL POTERE DISCREZIONALE DELLE REGIONI
IN MERITO: IL CHIARIMENTO DEL CONSIGLIO DI
STATO**

sentenza Cons. Stato 25/03/13 n. 1654 –
Interpretazione ed applicabilità artt. 4 e 6 D.
L. n. 347/2001

L'equazione "farmaco di fascia A = farmaco essenziale e quindi sempre integralmente rimborsabile" non è vera in tutti i casi.

Lo puntualizza il Consiglio di Stato con la recentissima sentenza del 25/03/13, n. 1654, ove il Collegio, oltre a chiarire il concetto di "farmaco essenziale", precisa altresì quando e come le Regioni possano eventualmente introdurre a carico dei cittadini una - seppur assai limitata - compartecipazione di spesa sull'erogazione dei farmaci di fascia A, tradizionalmente percepiti ed ascritti dai consumatori alla categoria dei farmaci "essenziali" e, cioè, rimborsabili in toto sempre e comunque.

Il caso da cui è scaturita la sentenza in esame ha a sua volta tratto origine da una delibera di Giunta della Regione Molise, con cui quest'ultima poneva a carico dei cittadini una quota fissa di partecipazione alla spesa pari ad 1 € per confezione di farmaco prescritto e ad un massimo di 3 € per ricetta.

La delibera veniva impugnata avanti al Tar Molise da una associazione rappresentativa dei diritti e degli interessi di anziani e pensionati, la quale lamentava la violazione da parte della Regione, per il tramite della delibera in questione, dell'art. 6 D. L. n. 347/2001, che, stando alla tesi dei ricorrenti, avrebbe previsto la possibilità per le Regioni di imporre una compartecipazione alla spesa solo per i farmaci non essenziali.

Di qui, per i ricorrenti, l'inaccettabile portata della Delibera, allorché si permetteva di gravare i cittadini di una spesa per farmaci di fascia A tutti percepiti come "essenziali".

La sentenza del Tar Molise - di accoglimento integrale delle tesi dei ricorrenti - veniva impugnata dalla Regione avanti al Consiglio di Stato, il quale la riformava come segue.

Il Consiglio di Stato, intanto, prima di pervenire al principio di diritto in esame, ha approfittato per individuare la normativa di riferimento correttamente applicabile alla rimborsabilità o meno dei farmaci ed alla discrezionalità delle Regioni in merito.

Nello specifico, secondo il Consiglio di Stato, la problematica va interpretata, non solo alla luce dell'art. 6 del D. L. 347/01, ma anche e soprattutto in base all'art. 4 dello stesso provvedimento, il quale, infatti, conferisce alle Regioni il potere - dovere di far fronte agli eventuali disavanzi di gestione mediante misure di compartecipazione alla spesa sanitaria in generale, senza, cioè, circoscrivere detto potere - dovere a particolari categorie di farmaci.

Alla luce di tale previsione di portata generale, a giudizio del Consiglio è legittima l'introduzione da parte delle Regioni di una compartecipazione alla spesa a carico dei cittadini su quei farmaci che, seppur compresi in fascia A, risultino essere più costosi rispetto ad altri farmaci equipollenti della stessa fascia. Il fatto, cioè, di essere surrogabili con altri farmaci meno costosi dotati della stessa efficacia terapeutica fa perdere a questi farmaci più "cari", seppur ricompresi in fascia A, il carattere di farmaci "essenziali".

Di qui, pertanto, la legittimazione delle Regioni ad introdurre in tali casi e su tali tipologie di farmaci una compartecipazione alla spesa, ove, sia ben chiaro, sussista la necessità di contenere la spesa e/o ripianare disavanzi di gestione

Avv. Valeria Fabbri

