

STUDIO LEGALE

STEFANELLI & STEFANELLI

LETTERA INFORMATIVA MAGGIO 2013

In questo numero

Ultime dallo studio

Appalti

- La mancata dichiarazione ex art. 38 dei procuratori non può portare all'esclusione dalle gare e ciò a prescindere dalle indagini sulla reale portata dei loro poteri
- Il valore dei chiarimenti in gara
- L'obbligo dell'apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica decorre dal 9 maggio 2012
- L'impresa aggiudicataria può rimodulare le quantificazioni dei costi e dell'utile indicate nelle giustificazioni all'anomalia dell'offerta
- Il termine per impugnare decorre dalla piena conoscenza delle motivazioni dell'atto di esclusione
- Ottemperanza – ricorso avverso il provvedimento del commissario ad acta
- Il concetto di piena conoscenza dell'atto amministrativo

Imprese

- Pubblicità dispositivi medici: attenzione alle offerte non veritiere
- Il lavoratore che abbandona il posto prima del fine-turno può essere licenziato.
- L'assoluzione della persona fisica non esclude automaticamente la responsabilità amministrativa dell'ente
- In Gazzetta Ufficiale le nuove regole per le Firme Elettroniche
- CONTRATTI: se libera e convenzionale è la forma per la conclusione degli stessi, lo è anche quella per la revoca
- Respinta l'iscrizione nel registro delle imprese se manca la comunicazione della pec
- Debiti degli enti locali verso le imprese

Sanità

- L'autorizzazione per lo studio odontoiatrico è necessaria solo quando svolge attività pericolosa
- Le ultime dall'Antitrust: illegittime le restrizioni agli orari di apertura delle attività commerciali
- AGCM e ricorso avverso gli atti della PA lesivi della concorrenza: un potere procedimentalizzato?
- Accreditamento. Lo strano caso del "legittimo" diniego durato due anni

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/>

ESSERE COMPETITIVI CON IL CONTRATTO DI RETE

19 GIUGNO 2013 dalle 9.30 alle 12.30 , presso lo Studio Legale Stefanelli

Incontro informativo gratuito sul Contratto di Rete.

Relatori:

avv. Silvia Stefanelli e avv. Eleonora Lenzi – Studio Legale Stefanelli

dott. Gianluca Chiarioni

Il programma dettagliato è disponibile sul nostro sito internet

www.studiolegalestefanelli.it

Per informazioni o iscrizioni: a.delliponti@studiolegalestefanelli.it

RASSEGNA SISTEMATICA DI GIURISPRUDENZA SUGLI APPALTI

Sul nostro sito (www.studiolegalestefanelli.it)

è disponibile una raccolta di commenti alle principali sentenze in materia di appalti predisposta dallo Studio Legale Stefanelli.

Tutto il materiale è diviso per argomenti in modo da essere consultabile con più facilità.

Per approfondimenti

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

Seguite il nostro aggiornamento quotidiano su twitter

APPALTI

LA MANCATA DICHIARAZIONE EX ART. 38 DEI PROCURATORI NON PUÒ PORTARE ALL'ESCLUSIONE DALLE GARE E CIÒ A PRESCINDERE DALLE INDAGINI SULLA REALE PORTATA DEI LORO POTERI

CONSIGLIO STATO, III, 6/5/2013, N. 2449

Nel corso di una procedura di gara un concorrente ha depositato una dichiarazione ex art. 38 D.Lgs.n. 163/2006 del proprio Legale Rappresentante, compilando il modulo predisposto dalla stessa stazione appaltante ma, a seguito di un ricorso, è stato escluso dal TAR Veneto che ha ritenuto come due dei procuratori di detta concorrente - non "dichiarati" in fase di partecipazione - sarebbero risultati invece dotati sia di un ruolo amministrativo che di poteri (ancorché limitati) di rappresentanza della società medesima.

Il Consiglio di Stato, pur non nascondendo un contrasto giurisprudenziale sul punto, con una motivazione tanto penetrante quanto condivisibile, ha deciso di aderire alla tesi più formalistica e dunque, partendo dal testo di legge - secondo cui sono obbligati alla dichiarazione di possesso dei requisiti morali i soli "amministratori muniti del potere di rappresentanza" (e non, quindi, anche i procuratori), ha cercato di dimostrare come il Legislatore non abbia affatto richiesto un esame dei poteri assegnati ai singoli procuratori della società che concorre alla gara, dovendosi di conseguenza ancorare l'applicazione di quanto disposto dall'art. 38 "su basi di oggettivo rigore formale".

In altri termini è necessario - e sufficiente - che la P.A. appaltante si rifaccia al contenuto del certificato della Camera di commercio ed alla "formale" posizione del procuratore nell'organizzazione societaria, senza dunque

obbligare la P.A. appaltante ad avventurarsi in "malcerte indagini sulla portata dei poteri di rappresentanza", che non solo la obbligano ad un'attività complessa e difficile ma che, oltretutto, rischiano di trasmodare in arbitrio, oltre a togliere certezza al diritto del concorrente di poter partecipare agli incanti.

In conclusione, pertanto, il Consiglio di Stato ha annullato l'esclusione comminata ai danni della concorrente, ritenendo che la dichiarazione del solo suo Legale Rappresentante fosse più che sufficiente ai fini partecipativi. In ogni caso, come noto, la questione se i procuratori debbano (o meno) rilasciare la dichiarazione ex art. 38 ai fini partecipativi è stata rimessa all'Adunanza Plenaria (ordinanza V°, 9/4/2013, n. 1943), pertanto non ci resta che attendere la decisione del supremo Consesso, nella speranza che tale decisione possa mettere (una volta per tutta) la parola "fine" a questa annosa questione.

Avv. Andrea Stefanelli

IL VALORE DEI CHIARIMENTI IN GARA

CONSIGLIO STATO, III°, 24/5/2013 N. 2839

La Regione Lazio indiceva una pubblica gara per l'affidamento del servizio integrato di vigilanza, custodia-sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici per tutte le AA.SS.LL. regionali, suddividendo la procedura in tanti lotti distinti e richiedendo il possesso di un determinato fatturato per la partecipazione a detta gara.

In considerazione tuttavia della mancanza di chiarezza nella formulazione della lex specialis - in merito al fatto che il fatturato richiesto ai fini partecipativi fosse la sommatoria dei fatturati di tutti i lotti, oppure solo quello del/i lotto/i a cui si intendeva partecipare - l'amministrazione appaltante è intervenuta



con alcuni chiarimenti, fornendo l'interpretazione che detta riteneva più corretta. Impugnato l'esito di tale procedura, con sentenza a sua volta successivamente appellata, nel corso del giudizio di gravame il Consiglio di Stato ha avuto l'occasione per chiarire un importante concetto, ovvero che i "chiarimenti" forniti dall'Amministrazione regionale in corso di gara non possono comunque integrare in alcun modo la disciplina speciale di gara e, proprio per questo motivo, non hanno alcun potere "vincolante" per il giudice, laddove Egli ritenga che tali chiarimenti violino le previsioni del bando.

In altri termini i "chiarimenti" servono solo ed esclusivamente a fornire delucidazioni e ragguagli su aspetti partecipativi ma, laddove si "spingono" ad interpretare la lex specialis o, addirittura, a fornire indicazioni in contrasto con documenti della stessa disciplina speciale di gara, tali chiarimenti non possono essere considerati "vincolanti" né per i concorrenti alla procedura né, tantomeno, per il Giudice eventualmente chiamato a dirimere una controversia relativamente a detto incanto.

Avv. Andrea Stefanelli

L'OBLIGO DELL'APERTURA DELLE OFFERTE TECNICHE IN SEDUTA PUBBLICA DECORRE DAL 9 MAGGIO 2012

ADUNANZA PLEN. CONS. STATO, 22/4/2013, N. 8
E' l'art. 12 D.L. n. 52/2012 (convertito in L. 6 luglio 2012, n. 94) a precisare che l'obbligo della seduta pubblica decorre a partire dal 9 maggio 2012, confermando per il passato l'inesistenza di una disposizione cogente di tale contenuto; in questo modo il Legislatore intendeva salvaguardare gli effetti di tutte quelle procedure - concluse o pendenti alla suddetta data del 9 maggio 2012 - in cui si era proceduto all'apertura dei plichi in seduta riservata e recando, in sostanza, una sanatoria delle medesime.

Sulla questione si è pronunciato il Consiglio di Stato che, con Adunanza Plenaria n. 8/2013 ha riformato una precedente pronuncia del TAR Marche, con cui veniva accolto un ricorso che censurava l'apertura in seduta non pubblica dell'offerta tecnica.

Il Supremo Collegio infatti, preso atto che la conclusione del procedimento si realizzava ben prima dell'entrata in vigore della normativa di cui all'art. 12 D.L. n. 52/12, ha dichiarata la piena validità ed efficacia dell'apertura delle buste in seduta non pubblica, perché in assoluta conformità con la disciplina al tempo vigente nonché con quanto disposto dalla lex specialis.

avv. Claudia Patti

L'IMPRESA AGGIUDICATARIA PUO' RIMODULARE LE QUANTIFICAZIONI DEI COSTI E DELL'UTILE INDICATE NELLE GIUSTIFICAZIONI ALL'ANOMALIA DELL'OFFERTA

CONSIGLIO DI STATO, V°, 2/5/2013, N. 2401

Il Consiglio di Stato, con la recente sentenza n. 2401/2013, ha ritenuto condivisibile la tesi che ammette di rimodulare le quantificazioni dei costi e dell'utile in sede di giustificazione all'offerta anomala, purché non venga modificato l'importo complessivo dell'intera proposta economica formulata.

Atteso infatti come la ragione cui è preordinato il meccanismo di verifica dell'offerta anomala è la piena affidabilità della proposta contrattuale, l'impresa aggiudicataria ben può, nell'ambito del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta presentata, rimodulare le quantificazioni dei costi e dell'utile (già in precedenza indicati), con l'unico limite di non modificare l'importo complessivo dell'intera offerta.

Il subprocedimento di giustificazione dell'anomalia, infatti, deve prevedere l'inammissibilità solo delle giustificazioni che, nel tentativo di far apparire come "seria" un'offerta che invece non è stata adeguatamente meditata, risultino finalizzate





ad un'allocazione dei costi diversa rispetto a quella originariamente indicata mentre, nel caso in cui invece le cifre, ancorchè diversamente allocate conservino comunque una "congruità complessiva", ecco allora come non possa configurarsi alcuna anomalia.

avv. Claudia Patti

**IL TERMINE PER IMPUGNARE DECORRE DALLA
PIENA CONOSCENZA DELLE MOTIVAZIONI
DELL'ATTO DI ESCLUSIONE**

CONS. STATO, 16/4/2013, N. 2424/13

Il Consiglio di Stato ha confermato la decorrenza del termine decadenziale per l'impugnazione dell'atto di esclusione da una pubblica gara dal momento della piena conoscenza delle motivazioni del medesimo, a prescindere dall'invio della formale comunicazione ex art. 79, comma 5, del Codice dei Contratti Pubblici.

A parere del Supremo Collegio, infatti, deve trovare corretta applicazione l'art. 120, comma 5 del Codice del Processo Amministrativo, che non prevede forme di comunicazione "esclusive" e "tassative", e pertanto l'art. 79 D.Lgs.n. 163/2006 non può rappresentare una "speciale" deroga alle regole processuali generali del processo amministrativo (appunto l'art. 120 C.P.A.), ragion per cui la possibilità che la piena conoscenza dell'atto sia acquisita con forme diverse da quelle di cui all'art. 79 D.Lgs. n. 163/06 ben serve a fare decorrere il termine di impugnazione anche in assenza – o prima – dell'invio della suddetta comunicazione d'esclusione e/o d'aggiudicazione di una pubblica gara.

avv. Claudia Patti

**OTTEMPERANZA – RICORSO AVVERSO IL
PROVVEDIMENTO DEL COMMISSARIO AD ACTA**

CONS.STATO, IV°, 19/2/2013 N. 2184

Torniamo a parlare del ricorso per ottemperanza in relazione ad alcune problematiche e ad alcuni aspetti processuali

interessanti; il giudizio di ottemperanza, ricordiamolo, permette di dare esecuzione ad una sentenza nel processo amministrativo, qualora la Pubblica Amministrazione non abbia adempiuto spontaneamente (sia che si tratti di somme da pagare, sia che si tratti, ad esempio, "obblighi di fare").

Il ricorso per ottemperanza, dunque, è uno strumento di stampo amministrativo (e non civilistico) che consente al soggetto agente, una volta ottenuta una sentenza a sé favorevole, di ricorrere al Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) competente affinché fissi un termine (perentorio) entro cui la P.A. è obbligata a dare esecuzione alla sentenza che l'ha vista soccombere e, nel caso d'inutile decorso di detto termine, è allora possibile la nomina di un Commissario ad Acta in "sostituzione" dell'Amministrazione inadempiente.

La vicenda in esame prende le mosse da un ricorso presentato da una società di costruzioni innanzi al TAR competente avverso il diniego di concessione edilizia di un comune. La successiva sentenza statuiva l'obbligo di rilascio di detta concessione da parte dell'ente locale che tuttavia rimaneva inerte.

Seguiva allora il ricorso per l'ottemperanza della società di costruzioni con successiva nomina del Commissario ad acta la cui specifica funzione era quella, appunto, di rilasciare il permesso di costruzione.

Tuttavia si opponeva a tale provvedimento commissariale la proprietaria dell'area finitima a quella oggetto del permesso a costruire, ovvero un soggetto terzo che era risultato estraneo sia alla prima controversia (società costruzioni/Comune) che al successivo giudizio di ottemperanza. L'opposizione, sebbene formalmente formulata avverso il provvedimento del commissario, al contrario nella sostanza era rivolta a contestare il diritto al rilascio del permesso di costruire iniziale.

A questo punto è bene cristallizzare i seguenti principi:





1. la relazione che si instaura tra il Comune ed il Commissario ad acta è di natura intersoggettiva, in quanto il Commissario esercita poteri autonomi aventi gli stessi effetti verso i terzi di quelli dell'Ente sostituito;

2. il Commissario ad acta è ausiliare del Giudice che lo ha nominato;

3. vi è l'evidente tendenza della giurisprudenza amministrativa a salvaguardare gli ambiti di autonomia del Commissario ad acta;

4. gli atti adottati dal Commissario ad acta nominato per l'esecuzione di un giudicato sono impugnabili in via funzionale dinanzi al Giudice che ne ha disposto l'investitura;

5. anche il terzo, che abbia un qualche interesse in ragione del provvedimento del Commissario, può opporsi al TAR;

6. il terzo però, che ha la volontà di "contestare" le pregresse sentenze (e non unicamente l'operato del Commissario ad acta), ha l'onere di opporsi nel termine perentorio di 60 giorni dalla "materiale" scoperta della loro esistenza.

Nel caso de quo, pertanto, risultava evidente come il terzo fosse venuto a conoscenza sin da subito della sentenza sfavorevole al Comune (ovvero, obbligo al rilascio del contestato permesso di costruire). La proprietaria finitima dunque avrebbe potuto contestare la suddetta sentenza del TAR sin dal principio; se dunque non lo aveva fatto, risultava per questo tardiva, né poteva sopperire alla inerzia contestando successivamente l'operato del Commissario.

Il concetto estrapolabile dalla vicenda è dunque il seguente: un soggetto terzo, che è rimasto estraneo al primigenio giudizio amministrativo e che abbia interesse ad opporsi, si deve avvalere del rimedio dell'opposizione del terzo (art. 108 cod. proc. amm.vo) nel termine di 60 giorni (art. 92 cod. proc. amm.vo) dalla avvenuta conoscenza della sentenza, risultando diversamente tardivo e non potendo poi avanzare lamentele nei confronti

dell'eventuale Commissario ad acta all'uopo nominato.

avv. Adriano Colombari

IL CONCETTO DI PIENA CONOSCENZA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

CONS.STATO, V° 27/3/2013, N. 1829/2013

Di recente il Consiglio di Stato si è occupato del tema della conoscenza o "conoscibilità" dell'atto amministrativo ai fini della decorrenza del termine decadenziale per proporre un ricorso giurisdizionale, con una sentenza che confermava una precedente decisione del Tar Calabria, con cui era stato respinto il ricorso di un dipendente, il quale aveva impugnato la delibera con cui veniva inquadrato con la qualifica "di collaboratore", nonostante gli fossero state attribuite mansioni "di direttore".

Il suddetto ricorso veniva tuttavia dichiarato irricevibile per tardività, in quanto il provvedimento impugnato risaliva a due anni prima la data di proposizione del ricorso notificato all'amministrazione.

Il Consiglio di Stato, in merito a detta eccezione di tardività, ribadisce come principio ormai affermato dalla giurisprudenza che la conoscenza dell'atto non può essere separata dalla piena lesività dello stesso e dai possibili vizi che hanno inficiato l'agere dell'amministrazione.

Nel caso di specie il Consiglio ritiene che la piena lesività dell'atto fosse conoscibile al ricorrente, in quanto l'attività dell'amministrazione era di natura chiaramente vincolata (applicazione di tabelle di inquadramento stabilite con legge regionale) ed evidenziava sin dall'inizio la sua lesività ed i possibili vizi sul provvedimento finale.

Quanto al presunto difetto di motivazione, che veniva avanzato dal ricorrente quale prova di una non piena conoscenza dell'atto, inidonea a far decorrere il termine decadenziale di impugnazione, il collegio sostiene che "lesività





ed eventuale illegittimità dell'atto di inquadramento, si colgono all'unisono al momento del controllo circa l'inquadramento in concreto operato dall'amministrazione nel

fare applicazione della disciplina contenuta nella citata legge regionale.”

Dott. Fabio Caruso



IMPRESE

DISPOSITIVI MEDICI

PUBBLICITÀ DISPOSITIVI MEDICI: ATTENZIONE ALLE OFFERTE NON VERITIERE

PS8857 -OTTICA AVANZI-2X1 OCCHIALE IN REGALO, PROVVEDIMENTO N. 24338

Decisione sanzionatoria dell'AGCM nei confronti dell'Ottica Avanzi per una promozione valutata ingannevole e non veritiera.

Tra la fine dell'anno 2012 e l'inizio dell'anno 2013 la catena dei negozi Ottica Avanzi lanciava una campagna promozionale consistente nella diffusione di uno spot televisivo riportante i seguenti claims "2 x 1 un occhiale in regalo" e "quando compri un occhiale da vista ne hai sempre un altro in regalo [...] AVANZI vedi che ti conviene!",

A seguito dell'esposto di un consumatore l'AGCM apriva un'istruttoria nel corso della quale emergeva che la realtà dei fatti era diversa.

Infatti al consumatore che voleva fruire della promozione acquistando presso un punto vendita Avanzi un occhiale da vista (tra l'altro scelto tra quelli presenti in esposizione e corredato da una coppia di lenti antiriflesso) veniva sì dato in regalo un secondo occhiale da vista ma del valore di 59 euro, corredato da una coppia di lenti monofocali 1.5 di serie (indipendentemente dai bisogni) e scelto solo tra quelle di una determinata collezione.

Secondo l'AGCM tale comportamento, sotto il profilo di fatto, è da considerarsi ingannevole in relazione ai contenuti dei claims sopra riportati.

Infatti:

- l'occhiale in omaggio poteva essere scelto solo tra specifiche e determinate caratteristiche (solo certe montature e solo monofocali da 1.5), circostanza della quale non era fatta alcuna menzione nei messaggi

pubblicitari che, invece, lasciavano semplicemente intendere che la promozione consentisse di ottenere un ulteriore paio di occhiali in aggiunta a quello acquistato.

- Qualora poi il consumatore volesse avere una scelta più ampia per usufruire dell'offerta doveva necessariamente accettare un buono acquisto del valore di 59 euro che veniva poi scalato dal prezzo degli occhiali.

- Tale buono di acquisto, nei fatti, costringeva il consumatore, che volesse beneficiare della promozione, ad effettuare un acquisto comportante una spesa aggiuntiva e superiore rispetto a quella preventivata.

- Inoltre il buono acquisto doveva necessariamente essere utilizzato entro quattordici giorni dall'acquisto al quale era legato.

In sostanza nella pubblicità si ometteva di segnalare che esistevano vincoli di tipologia di occhiali e vincoli temporali per la fruizione dell'offerta promozionale e non vi era alcun tipo di avvertenza che allertasse il consumatore circa tali limitazioni molto stringenti

Pertanto nella decisione così si legge *"Ancora, nello specifico i messaggi oggetto del procedimento de quo pubblicizzano una promozione con caratteristiche e modalità non corrispondenti a quelle effettive, utilizzando peraltro, un modalità di aggancio particolarmente insidiosa, quale quella della promessa di un paio di occhiali in regalo mentre, di fatto, l'offerta si sostanzia in un buono acquisto del valore di 59 euro che induce i consumatori ad effettuare un successivo acquisto per poter beneficiare del buono ottenuto e quindi dei vantaggi della promozione di cui trattasi"*

Bloccata quindi immediatamente la campagna.

Avv. Silvia Stefanelli

DIRITTO DEL LAVORO

IL LAVORATORE CHE ABBANDONA IL POSTO PRIMA DEL FINE-TURNO PUÒ ESSERE LICENZIATO.

CASS. CIV. SEZ. LAV. 11/12/2012 N°2272

Un vigilante impugnava il licenziamento comminatogli dalla propria datrice di lavoro, la quale gli contestava di aver abbandonato il proprio posto di lavoro mezz'ora prima del fine-turno nonché, per (ben) due mesi, di aver ritardato l'inizio del turno di 15 minuti.

Confermato il licenziamento in primo grado, la Corte d'Appello riformava la pronuncia per ragioni procedurali, che, a sua volta, veniva impugnata e, nel rinviare nuovamente al giudice del gravame, la Suprema Corte di Cassazione coglieva l'occasione per enunciare un principio importante.

Stabilivano infatti i magistrati che, anche laddove l'abbandono del posto di lavoro avvenga (per una sola volta) prima dell'orario consentito e che detta uscita "anticipata" sia – in termini di minuti – sostanzialmente apprezzabile, il disvalore della condotta del lavoratore non può considerarsi "di poco conto", in quanto il lavoratore che omette di rispettare l'orario prestabilito mina irreparabilmente il rapporto di fiducia dell'azienda nei suoi confronti.

Pertanto tale azione risulta, già di per sé, sufficientemente grave ed idonea a fondare un licenziamento per giusta causa.

Va rilevato, per completezza, come nel caso di specie il lavoratore risultasse adibito ad un servizio di vigilanza, circostanza che ben rileva per capire come la condotta punita sia stata ritenuta grave, sia sotto un profilo soggettivo che oggettivo.

Posto infatti come l'attività e le mansioni del dipendente erano (appunto) quelle di controllo e vigilanza di un determinato luogo per un determinato lasso temporale, l'assenza dal posto di lavoro del lavoratore medesimo

equivale ad una mancata prestazione del suo datore di lavoro nei confronti del proprio committente, con tutte le possibili conseguenze del caso.

Per tale motivo, quindi, l'uscita anzitempo del lavoratore non poteva che risultare tale da giustificare, nel caso in questione e pure per una sola volta, il licenziamento per il venir meno del rapporto di fiducia che l'azienda deve nutrire nei suoi confronti.

Non sussistendo infatti la correttezza del collaboratore sulle questioni di orario, come poteva sostenersi, in ambiti ancora più specifici, che il lavoratore sarebbe stato "fedele" al proprio datore di lavoro?

Fermo quanto sopra dunque, ed in considerazione dell'orientamento giurisprudenziale che si è venuto via via affermando sul punto, è possibile oggi affermare come in termini di attenzione all'orario di ingresso/uscita delle maestranze, è specifico compito dei lavoratori attenersi scrupolosamente a quelli forniti dal datore di lavoro in quanto in difetto, - come insegna la Suprema Corte con la pronuncia in parola - la sanzione può anche essere di natura espulsiva.

Avv. Andrea Marinelli

D. LGS. 231/2001

L'ASSOLUZIONE DELLA PERSONA FISICA NON ESCLUDE AUTOMATICAMENTE LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELL'ENTE

CORTE CASS., SEZ. V° PEN. 9/5/2013 N. 420060

In un caso in cui il reato-presupposto della responsabilità amministrativa dell'Ente ex D. Lgs. 231/2001 era stato accertato, ma la persona fisica imputata era stata assolta, il Tribunale di Milano assolveva in via automatica anche l'Ente.

Contro detta pronuncia il P.M. presentava ricorso immediato per Cassazione, ritenendo che quello dell'Ente era un titolo autonomo di responsabilità rispetto al reato presupposto.



La suprema Corte si è pronunciata prendendo le mosse dal testo dell'art. 8 del D. Lgs. 231/2001, secondo cui *"La responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile (...)"*; il testo della norma, a parere della Corte di Cassazione, evidenzia dunque non tanto l'autonomia delle due fattispecie - illecito penale ed amministrativo - quanto soprattutto l'autonomia delle due condanne sotto il profilo processuale.

Ovvero, per la responsabilità amministrativa è necessario che venga commesso un reato da un soggetto riconducibile all'Ente, ma non anche che tale reato venga accertato con individuazione e condanna del responsabile.

Anzi, quello della mancata individuazione del soggetto che ha commesso il reato-presupposto è un fenomeno tipico della responsabilità di impresa e rientra proprio in quel novero di casi in cui si avvertiva più forte la necessità di sancire la responsabilità degli enti.

La finalità della norma è dunque quella di sanzionare l'Ente collettivo ogni volta che le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'Ente stesso commettono dei reati nel suo interesse o a suo vantaggio.

avv. Eleonora Lenzi

FIRME ELETTRONICHE

IN GAZZETTA UFFICIALE LE NUOVE REGOLE PER LE FIRME ELETTRONICHE

DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (DPCM) 22 FEBBRAIO 2013

In Gazzetta Ufficiale n. 117 del 21 maggio 2013 il nuovo regolamento per la generazione, apposizione e verifica della firma elettronica, avanzata, tra cui la firma grafometrica,.

Si tratta del decreto attuativo del CAD (Codice dell'Amministrazione Digitale) in base alle modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 235 del 2010 sulle modalità di sottoscrizione

di un documento informatico mediante firma elettronica e digitale.

L'obiettivo di tutta la normativa è quello di modernizzare i rapporti tra amministrazione e imprese aumentando le tipologie di firme elettroniche che è possibile utilizzare, portando ad una sostanziale e piena equiparazione con il documento cartaceo.

Si ricorda che i sensi della normativa si distinguono le seguenti tipologie di firme.

La firma elettronica, che equivale a una firma personale associata a un documento scritto, per fornire una prova della sua provenienza.

La firma elettronica avanzata, che garantisce la connessione univoca tra firmatario e documento.

La firma digitale è una firma elettronica che utilizza un sistema di due chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, le cui caratteristiche, modalità di generazione/conservazione e requisiti di sicurezza vengono stabiliti nel Dpcm appena pubblicato in Gazzetta.

La firma elettronica qualificata è una firma avanzata basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma ovvero di mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo.

Esiste poi oggi un tipo di firma elettronica sempre più diffusa: la così detta firma grafo metrica.

Si tratta del caso dell'apposizione della firma autografa attraverso un "tablet". Tale tipo di firma rientra nella categoria di firma elettronica avanzata specificata nel titolo V del Dpcm.

Si tratta di una tipologia di firma sempre più diffusa ed era importante chiarire alcuni presupposti tecnici. In particolare vengono dettagliate le procedure da attuare per la validità della firma che possono così riassumersi:

- identificare una idonea procedura che preveda l'identificazione del firmatario





attraverso la visione e conservazione di un documento valido di identità;

- informare l'utente sulla procedura adottata e anche su come il dato (documento di identità viene conservato e perché);
- garantire l'integrità e la non modificabilità del documento una volta sottoscritto.

avv. Alessandra Delli Ponti

CONTRATTI

CONTRATTI: SE LIBERA E CONVENZIONALE È LA FORMA PER LA CONCLUSIONE DEGLI STESSI, LO È ANCHE QUELLA PER LA REVOCA

CASSAZIONE CIVILE, III°, 10-05-2013, N. 11124

Così si è espressa la nostre Corte di Cassazione Civile con una recentissima pronuncia laddove si legge che *"(...) nel nostro sistema contrattuale domina il principio della libertà della forma per cui, al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge di forma legale, deve ritenersi che le parti contraenti siano ben libere, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, di convenire l'adozione di una determinata forma così come di revocare l'accordo sulla forma convenzionale precedentemente concluso (...)".*

Nel rigettare il ricorso principale promosso avverso la decisione della Corte d'Appello di Torino – la quale, secondo parte ricorrente, erroneamente avrebbe ritenuto valida ed efficace la polizza di assicurazione, pur non essendo la stessa stata sottoscritta dal beneficiario, come previsto dalle Condizioni Generali di contratto – i giudici di legittimità hanno ritenuto che *"(...) con il loro comportamento successivo alla stipula del contratto (...) tutte le parti dimostrarono, chiaramente anche se implicitamente, di voler rinunciare alla formalità della sottoscrizione della polizza da parte della [beneficiaria] e di considerare efficace il contratto indipendentemente da essa (...)".*

La sentenza qui in commento si colloca peraltro sulla scia di autorevoli precedenti: è la stessa Corte di Cassazione che, già sul finire

degli anni '80, sanciva come *"(...) le parti che abbiano convenuto l'adozione della forma scritta per un determinato atto, nella loro autonomia negoziale possono successivamente rinunciare al succitato requisito, anche tacitamente, mediante comportamenti incompatibili con il suo mantenimento (...)"* (si vedano in tal senso le sentenze n. 499/1988, n. 1306/90, n. 13277/00, n. 12344/2003).

Ecco dunque che la volontà delle parti (rectius, il loro comportamento) si manifesta ancora una volta come vero e proprio principio cardine e suprema forza regolatrice in ambito contrattuale.

Dott.sa Silvia Pari

RESPINTA L'ISCRIZIONE NEL REGISTRO DELLE IMPRESE SE MANCA LA COMUNICAZIONE DELLA PEC

PARERE CONSIGLIO DI STATO N. 1714 DEL 10/4/2013

L'art. 37 del D.L.n. 5/2012 ha previsto che, se l'ufficio del Registro-imprese riceve una domanda di iscrizione di un atto inerente un'impresa, che non abbia provveduto a iscrivere il proprio indirizzo PEC, l'Ufficio debba sospendere la domanda per tre mesi.

Secondo il Consiglio di Stato, poi, qualora, trascorsi i tre mesi, l'impresa non abbia ancora provveduto a comunicare il proprio indirizzo PEC, il Registro delle imprese è impossibilitato ad accettare la domanda di iscrizione di atti dell'impresa, che quindi andrà respinta.

La comunicazione dell'indirizzo PEC, estesa dall'art. 5 del D.L.n. 179/2012 anche alle ditte individuali, assume dunque per il Consiglio di Stato un carattere assolutamente essenziale.

avv. Eleonora Lenzi

DEBITI DEGLI ENTI LOCALI VERSO LE IMPRESE

COMUNICATO MINISTERO ECONOMIA FINANZE 16/5/2013

In data 16/5 il MEF ha comunicato di avere ultimato la verifica delle domande di anticipazione pervenute da parte degli Enti





Locali entro il 30/4/2013 (ai sensi del D.L. 8/4/2013 n. 35); le domande, verificate positivamente dalla Cassa Depositi e Prestiti, sono risultate circa 1.500, per un importo complessivo pari a 5,76 miliardi di Euro; tenuto conto del plafond concesso di 3,6 miliardi di Euro, è stato quindi assegnato circa

il 62% dell'importo richiesto sulla base del criterio proporzionale.

L'elenco delle domande di anticipazione accolte è pubblicato sui siti www.mef.gov.it e www.cassaddpp.it.

avv. Eleonora Lenzi



DIRITTO DELLA SANITÀ

L'AUTORIZZAZIONE PER LO STUDIO ODONTOIATRICO È NECESSARIA SOLO QUANDO SVOLGE ATTIVITÀ PERICOLOSA

Cassazione Civile – Sez. II 30 aprile 2013 n. 10207

Di amplissima portata innovativa la recentissima sentenza Cassazione Civile – Sez. II 30 aprile 2013 n. 10207 in materia di autorizzazione degli studi odontoiatrici.

Il quesito posto al giudice può così sintetizzarsi: l'art. 8-ter del D.Lgs. 502/'92 richiede che tutti gli studi odontoiatrici siano indistintamente soggetti ad autorizzazione sanitaria, oppure la norma trova applicazione solo in determinati casi?

Andiamo per ordine.

Con il c.d. Decreto Bindi (D.Lgs. 229/'99) viene introdotto l'art. 8-ter sulle autorizzazioni sanitarie degli studi professionali che così stabilisce:

"L'autorizzazione all'esercizio di attività sanitarie è, altresì, richiesta per gli studi odontoiatrici, medici e di altre professioni sanitarie, ove attrezzati per erogare prestazioni di chirurgia ambulatoriale, ovvero procedure diagnostiche e terapeutiche di particolare complessità o che comportino un rischio per la sicurezza del paziente...".

Le discipline regionali intervenute in attuazione della norma (anche a seguito della modifica del Titolo V Costituzione) hanno per lo più utilizzato la stessa formulazione letteraria del sopracitato art. 8-ter.

In fase di applicazione pratica, poi, tutte le Regioni hanno interpretato la disciplina in senso ampio: si è cioè ritenuto che "tutti" gli studi odontoiatrici dovessero possedere l'autorizzazione sanitaria, senza entrare nel merito delle effettive attività svolte.

In altre parole, senza verificare se (sotto il profilo di fatto) le procedure cliniche espletate

fossero "di particolare complessità" o comportassero un "rischio per la sicurezza del paziente", si è ritenuto che l'erogazione di tutte le prestazioni odontoiatriche, in quanto tali, necessitassero di una autorizzazione sanitaria.

Quindi per tutti gli studi odontoiatrici, indipendentemente dalla tipologia di prestazioni erogate, è stata chiesta l'autorizzazione sanitaria.

Oggi sul punto è intervenuta la Cassazione con una interpretazione diversa.

Decidendo su una controversia – già risoltasi favorevolmente in primo e secondo grado – la Suprema Corte ha accolto la tesi di un odontoiatra di Fermo il quale sosteneva di non svolgere prestazioni a rischio per la salute del paziente e che conseguentemente non poteva essere pretesa l'autorizzazione sanitaria.

Così si legge in sentenza

La tesi svolta dal [Comune], secondo cui la normativa di settore sottoporrebbe ad autorizzazione dell'Autorità preposta l'apertura di qualsiasi studio odontoiatrico, non appare infatti trovare alcuna conferma nelle disposizioni di legge richiamate dal Comune ricorrente, le quali prevedono l'autorizzazione soltanto in presenza di ulteriori condizioni di fatto, rappresentate in particolare dalla previsione che l'attività medica comporti un rischio per la sicurezza del paziente.

In sostanza l'obbligo di autorizzazione non scatta automaticamente per tutto gli studi odontoiatrici, ma sussiste solo in presenza di elementi di fatto – che vanno accertati – che dimostrano l'erogazione di prestazioni che comportino un rischio per la sicurezza del paziente.

Ora si aprono nuovi dilemmi: quale sono le prestazioni che non "comportano un rischio per la sicurezza del paziente"? e, viceversa,



quali sono quelle che (invece) comportano un rischio?

E nel caso in cui, in uno studio privo di autorizzazione, si presenti un paziente che chiede una prestazione "a rischio" cosa succede?

LE ULTIME DALL'ANTITRUST: ILLEGITTIME LE RESTRIZIONI AGLI ORARI DI APERTURA DELLE ATTIVITÀ COMMERCIALI

AGCM Parere ex art. 21 bis c.2 L 287/1990 - AS1043 del 3/5/20013 - COMUNE DI STORO (TN) - ORARI DI APERTURA E DEROGHE DOMENICALI E FESTIVE PER GLI ESERCIZI DI VENDITA AL DETTAGLIO

Le limitazioni imposte all'orario ed ai giorni di apertura sono illegittime in quanto costituiscono una lesione del corretto andamento delle dinamiche concorrenziali e contrastano apertamente con il dettato del Decreto c.d. Salva Italia che ha liberalizzato il settore.

Com'è noto, a seguito dell'introduzione dell'art. 21 bis L 287/1990, all'autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato è attribuito il potere di impugnare gli atti delle pubbliche amministrazioni che vadano a ledere la concorrenza. L'Authority può esercitare tale potere, secondo l'interpretazione di dottrina e giurisprudenza (vds. TAR Lazio Roma sentenza 6/5/2013 n. 4451), mediante l'instaurazione di un procedimento (art. 21 bis c.2) che prevede prima l'adozione da parte dell'AGCM di un parere sui profili di illegittimità del provvedimento mediante il quale richiamare la PA ad attenersi ai profili sollevati, entro 60 gg., e poi, in caso di inerzia della PA in questione alle sollecitazioni pro concorrenziali ricevute, l'impugnativa del provvedimento innanzi al giudice amministrativo.

Con il parere qui in esame, l'Authority, ricorrendo al procedimento appena descritto, ha ritenuto di censurare una ordinanza del

Comune di Storo (TN) mediante la quale si era imposto: "(i) l'obbligo di chiusura infrasettimanale di mezza giornata per gli esercizi di commercio al dettaglio siti nel Comune, (ii) limitato la tipologia di esercizi commerciali che possono esercitare l'attività in orario notturno, nonché (iii) ribadito l'obbligo di chiusura domenicale e festiva previsto dalla normativa provinciale, ad eccezione che per alcuni periodi identificati nel testo del provvedimento".

Tali restrizioni rappresentano per l'Authority una evidente lesione dei principi di liberalizzazione che con l'art. 31 del c.d. Decreto Salva Italia (DL 6 dicembre 2011, n. 201) sono stati introdotti nel nostro ordinamento modificando il DL Bersani del 2006 il quale ora dispone che "le attività commerciali, come individuate dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e di somministrazione di alimenti e bevande, sono svolte, tra l'altro, senza i seguenti limiti e prescrizioni: (...) d) il rispetto degli orari di apertura e di chiusura, l'obbligo della chiusura domenicale e festiva, nonché quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale dell'esercizio" art. 3, c.1, d-bis) D.L. 4 luglio 2006, n. 223.

Chiarissima l'Authority nel ribadire come "le restrizioni alla libertà degli operatori economici in materia di orari e di giornate di apertura e chiusura degli esercizi commerciali ostacolano il normale dispiegarsi delle dinamiche competitive, riducendo la possibilità degli operatori attivi di differenziare il servizio adattandolo alle caratteristiche della domanda e sono, pertanto, suscettibili di peggiorare le condizioni di offerta e la libertà di scelta per i consumatori, senza peraltro avere una valida giustificazione in termini di efficienza dal punto di vista degli operatori, né tanto meno in particolari interessi pubblici".

L'Antitrust, come spesso accade, censura l'attività di PA che troppo spesso adottano provvedimenti che vanno a limitare la





concorrenza, senza d'altro canto essere idonei a proteggere efficacemente alcun altro bene od interesse pubblico. In sostanza, anche al di là delle specifiche norme di liberalizzazione di cui al Decreto Salva Italia, l'Authority sembra richiamare gli Enti pubblici a migliorare la qualità della propria regolamentazione, valutando (prima di adottare provvedimenti come quello del Comune di Storo) anche l'incidenza dell'iniziativa amministrativa sulla concorrenza, onde evitare che vengano vanificate inutilmente opportunità di miglioramento dell'offerta di servizi e di potenziamento della possibilità di scelta dei consumatori.

Si attende adesso il riscontro del Comune di Storo *"sul quale grava l'obbligo di disapplicazione [dell'ordinanza oggetto delle censure dell'Antitrust ed è invitato] a porre in essere le misure ritenute più opportune e adeguate a ripristinare corrette dinamiche concorrenziali in materia di orari di apertura degli esercizi commerciali"*. In carenza di un riscontro nel termine previsto, l'Authority potrà impugnare l'ordinanza innanzi al TAR. In tal caso, l'iniziativa giudiziale dell'Antitrust a protezione della concorrenza, potrà aggiungersi alle iniziative probabilmente già promosse dagli operatori economici di Storo a tutela delle proprie posizioni soggettive lese dall'ordinanza comunale.

Avv. Edoardo Di Gioia

AGCM E RICORSO AVVERSO GLI ATTI DELLA PA LESIVI DELLA CONCORRENZA: UN POTERE PROCEDIMENTALIZZATO?

T.A.R. Lazio - Roma - Sentenza 6 maggio
2013, n. 4451

L'Authority per la Concorrenza, non può direttamente impugnare gli atti delle pubbliche amministrazioni, essendo tale potere condizionato, ex art. 21 bis L 287/1990, al preventivo esperimento del procedimento previsto al comma 2 della stessa norma, che

prevede l'instaurazione di un contraddittorio con l'Ente che ha adottato l'atto censurabile sotto il profilo della tutela della concorrenza.

Il giudice amministrativo romano con la sentenza in esame si è pronunciato su una questione ampiamente dibattuta anche in dottrina. Queste le premesse giuridiche.

L'art. 21 Bis della L 287/1990 prevede al comma 1 una generale legittimazione ad agire in giudizio dell'Antitrust *"contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato"*.

Al comma 2 della medesima disposizione si descrive poi un procedimento amministrativo in base al quale l'Authority *"se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni"*.

Ora, nel caso di specie, l'Authority aveva impugnato direttamente innanzi al TAR Lazio una delibera di un comune che stabiliva limitazioni per l'ingresso alla ZTL solo per i servizi di noleggio auto con conducente autorizzati da Enti diversi del comune in questione. In tali misure l'Antitrust ravvisava una palese lesione della concorrenza non giustificata da alcuna ragione di pubblico interesse.

Ritenendo, dunque, la delibera con tutta evidenza discriminatoria l'Authority ricorreva direttamente al giudice amministrativo, senza l'instaurazione con il Comune del contraddittorio amministrativo previsto al comma 2 dell'art. 21 bis L 287/1990. L'Authority riteneva in sostanza che con l'art. 21 bis si fosse previsto un doppio set di poteri





di intervento, al comma 1 la possibilità di impugnazione diretta del provvedimento ritenuto con tutta evidenza illegittimo, al comma 2 un procedimento amministrativo solo eventualmente da concludersi con un ricorso al TAR, per i casi di violazioni recuperabili mediante un'opera di "moral suasion" nei confronti della PA in sede amministrativa.

Di diverso avviso il Giudice amministrativo romano, che nella sentenza in esame ravvisa invece la sussistenza di un'unica tipologia di ricorso, disciplinato unitariamente dall'art. 21 bis, che prevede dunque una fase amministrativa, di cui al comma 2, che *"non costituisce, pertanto, una mera eventualità, ma è l'espressione dell'ordinario modus procedendi dell'Autorità, in particolare là dove non sia stata dotata di poteri di enforcement ovvero di poteri consultivi tipizzati"*. Dunque inammissibile il ricorso diretto dell'Antitrust ed eventualmente lasciata ad iniziative di privati la possibilità di vedere censurata la delibera comunale innanzi al giudice amministrativo nei termini ordinari e con riferimento, ovviamente, alle posizioni soggettive eventualmente lese dal provvedimento comunale in questione.

Avv. Edoardo Di Gioia

ACCREDITAMENTO. LO STRANO CASO DEL "LEGITTIMO" DINIEGO DURATO DUE ANNI

Consiglio di Stato – Sez. III, Sent. n. 2527/2013 – depositata il 9 maggio

Da sempre l'accREDITamento è collegato alla programmazione e pianificazione regionale (art. 8-quater Dlsg 502/'92)

La struttura richiedente è dunque soggetta al giudizio discrezionale della Regione che, valutati in primis i requisiti (ulteriori) di qualificazione previsti dalla normativa, procede all'accertamento della propria necessità erogativa nel rispetto delle strutture già sul territorio e delle esigenze di programmazione. Questo, semplificando, quanto chiarito da un

ventennio di giurisprudenza post riforme anni novanta.

Quello che emerge ora dalla decisione che si commenta è che, qualora la richiesta di accREDITamento avvenga nelle more dell'adozione del provvedimento regionale di ricognizione (ovvero di ricalcolo del fabbisogno assistenziale per razionalizzare la spesa sanitarie), il diniego è valido anche trascorsi ben due anni(!).

E' il caso portato all'attenzione del Consiglio di Stato, sezione terza, chiamato ad interpretare la portata del silenzio della Regione Lazio durato dal 2007 al 2009 e culminato nel diniego -senza preavviso- dell'accREDITamento istituzionale demandato all'Ente da una struttura sanitaria intenzionata a svolgere attività per conto del SSR.

IL CASO

Una società che gestisce un centro autorizzato per attività di educazione e riabilitazione di soggetti in età evolutiva con grave deficit visivo, un anno dopo l'inizio di attività chiedeva alla Regione Lazio, ex art. 6 del regolamento regionale 13/2007, l'accREDITamento istituzionale necessario per svolgere la propria attività anche per conto del SSR.

La Regione, a distanza di due anni, negava l'accREDITamento richiesto.

Il diniego veniva motivato dal fatto che la Giunta Regionale sulla base di quanto imposto dagli artt. 1, comma 796, lett. u), l. n. 296/2000, e 2, l.r. Lazio 4/2003, non consentiva il rilascio di accREDITamenti nuovi o definitivi, nelle more dell'adozione del provvedimento regionale di ricognizione per la rideterminazione dei fabbisogni di prestazioni sanitarie, di cui all'art. 8-quater, comma 8, d.lgs. 502/1992.

Il Tar, in primo grado, respingeva le pretese legate alla violazione delle norme in materia procedimentale. L'appellante, infatti, aveva impugnato il diniego lamentando la violazione dell'art. 2 della legge 241/1990 per mancato



rispetto del termine (di 90 giorni) di conclusione del procedimento, e chiedeva il risarcimento del conseguente danno da ritardo.

Inoltre, aveva altresì lamentato la violazione dell'art. 10-bis, della medesima legge, per mancata comunicazione preventiva dei motivi ostativi all'accoglimento della richiesta.

A tale proposito, il TAR aveva sottolineato che:

□ il termine di conclusione del procedimento ha natura sollecitatoria e dà luogo al silenzio rifiuto ma non vizia l'atto adottato oltre la scadenza;

□ il superamento del termine non potesse assumere rilevanza ai fini del risarcimento del "danno da puro ritardo", non essendo stata quantificata la portata di esso (ma soltanto quella del danno da mancato rilascio dell'accreditamento);

□ l'omissione del preavviso di rigetto non poteva viziare il diniego, stante la natura vincolata del diniego e l'applicabilità dell'art. 21-octies, legge 241/1990.

LA DECISIONE DEL CONSIGLIO DI STATO

Il Consiglio di Stato si esprime con una decisione molto articolata di cui si riportano qui i punti salienti:

a) il danno da ritardo: il Collegio non ha inteso disconoscere l'ingiustificabile negligenza della Regione nel riscontrare la domanda, né negare la rilevanza autonoma attribuita dall'art. 2-bis, legge 241/1990 "Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento", alla condotta omissiva dell'Amministrazione che abbia causato al privato un danno ingiusto. La prospettazione

del danno era però effettivamente assente nel ricorso dell'appellante. Nello specifico, con riferimento ad un'attività imprenditoriale soggetta ad autorizzazione, andava evidenziato il pregiudizio derivante dalla perdita di occasioni alternative, dall'immobilizzazione di risorse altrimenti impiegabili e dall'improduttività di investimenti effettuati a tal fine. Il danno andava provato.

b) la ricognizione dei fabbisogni: come evidenziato in sentenza *"il blocco degli accreditamenti deriva univocamente dalla previsione di legge, per cui ogni contestazione diretta non può che comportare denuncia di incostituzionalità della norma"* che disporrebbe un blocco senza prevedere alcun termine per l'emanazione dell'atto di ricognizione.

Il Consiglio di Stato dunque, pur riconoscendo la negligenza della Regione, ha statuito che il diniego impugnato dovesse sottrarsi dalle censure dedotte escludendo la sussistenza di presupposti per riconoscere alla struttura un danno da ritardo.

La forma di tutela che avrebbe dovuto esperire la società che gestisce il centro di riabilitazione era quella di attivare le procedure volte ad evidenziare l'inerzia della Regione nell'adozione di un atto generale di ricognizione, così da ottenere dal giudice l'accertamento dell'eventuale illegittimità del blocco degli accreditamenti a tempo indeterminato.

Dott. Federico Breschi

