

LETTERA INFORMATIVA  
GIUGNO 2013

In questo numero

**Ultime dallo studio**

**Appalti**

- È il giudice ordinario a correggere eventuali errori del durc
- La fine del "falso innocuo"
- La falsa dichiarazione in gara è rilevante anche in assenza del profilo soggettivo del dolo o della colpa in capo al dichiarante
- L'ammissione al concordato preventivo deve avvenire in corso di gara
- L'introduzione dell'accesso civico agli atti delle Pubbliche Amministrazioni

**Imprese**

- Pubblicità dispositivi medici: attenzione alle offerte non veritiere
- Licenziamento per mancato raggiungimento degli obiettivi assegnati dal datore di lavoro
- più attenzione alla concorrenza nelle gare d'appalto dei farmaci
- Documento Unico di Regolarità Contributiva: una matassa da dipanare
- Il durc può essere rilasciato anche all'impresa in concordato preventivo in continuità

**Sanità**

- Ennesimo round Massofisioterapisti versus Fisioterapisti. Ma qualcuno parla di vittoria parziale a favore dei primi
- Responsabilità medica: no all'estensione del consenso firmato dal malato ad una operazione diversa da quella prevista

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



**BOLOGNA 15 OTTOBRE 2013-07-05**

### **GLI APPALTI IN SANITÀ'**

**Docenti: avv. Andrea Stefanelli e avv. Silvia Stefanelli**

Per informazioni e iscrizioni:

<http://www.convegni.maggioli.it/vedicorso.php?id=1023-Convegno-GLI-APPALTI-IN-SANITA->

### **ESSERE COMPETITIVI CON IL CONTRATTO DI RETE**

2 ottobre 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](http://www.studiolegalestefanelli.it)

Per informazioni o iscrizioni: [a.delliponti@studiolegalestefanelli.it](mailto:a.delliponti@studiolegalestefanelli.it)

## Per approfondimenti

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

Seguite il nostro aggiornamento quotidiano su twitter

## APPALTI

### **È IL GIUDICE ORDINARIO A CORREGGERE EVENTUALI ERRORI DEL DURC**

CONS. STATO, SEZ. V, 17/5/2013, N. 2682

E' quanto statuito dalla recente sentenza n. 2682/13 con cui il Consiglio di Stato, considerato che il rapporto sostanziale di cui il Durc è mera attestazione si consuma interamente in ambito privatistico - e senza che su di esso vengano ad incidere direttamente (o indirettamente) poteri pubblicistici - riconosce al Giudice ordinario la giurisdizione in materia.

Il Durc infatti, attestando l'assolvimento da parte di un'impresa degli obblighi legislativi e contrattuali nei confronti di Inps, Inail e Cassa Edile, si colloca fra gli atti di certificazione/attestazione aventi carattere meramente dichiarativo, assistiti da pubblica fede ex art. 2700 c.c. nonché facenti prova fino a querela di falso.

Ne consegue che eventuali errori contenuti in detto documento riguardano posizioni di diritto soggettivo afferenti al sottostante rapporto contributivo che potranno, secondo quanto statuito dal Supremo Collegio, essere corretti solo ed esclusivamente dal Giudice ordinario, o all'esito di proposizione di querela di falso oppure in conseguenza di un'ordinaria controversia in materia di previdenza e assistenza obbligatoria.

Avv. Claudia Patti

### **LA FINE DEL "FALSO INNOCUO"**

CONSIGLIO STATO, III°, 25/6/2013, N. 3328

CONSIGLIO STATO, V°, 21/6/2013, N. 3397

CONSIGLIO STATO, V°, 11/6/2013, N. 3214

Una Pubblica Amministrazione ha esclusa da una procedura di gara un operatore economico che, in sede di autocertificazione, aveva dichiarato l'assenza di sentenze di condanne passate in giudicate per reati che incidono sulla sua moralità professionale,

mentre poi, in sede di verifica, era risultata l'esistenza di una condanna per falsa dichiarazione. Si difendeva l'escluso sostenendo che si sarebbe trattato di un reato che nulla aveva a che fare con la prestazione dedotta in gara e come detta condanna non incidesse affatto sulla sua affidabilità professionale, ragion per cui aveva ritenuto di poterne omettere la relativa dichiarazione.

Il TAR Toscana ha invece convalidato l'esclusione, provvedimento risultato poi confermato anche dal Consiglio di Stato (sez. III°) secondo cui il semplice accertamento che il contenuto di un'autodichiarazione depositata in gara non corrispondesse al vero risulta, già di per sé, un legittimo motivo d'esclusione, a cui s'aggiunge poi come, nel caso di sentenze passate in giudicato, l'eventuale "incidenza" di dette condanne sulla moralità ed affidabilità del concorrente dev'essere valutata dalla medesima P.A. che indice la gara e non, certamente, dal partecipante "condannato".

Tale decisione fa seguito ad una, quasi coeva, assunta dalla sez. V° secondo cui il "falso innocuo" è un istituto insussistente nelle pubbliche gare in quanto, in tali procedure concorsuali, "la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perchè consente [...] la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara", ragion per cui la dichiarazione "falsa o incompleta" è già lesiva degli interessi tutelati dalla norma e ciò a prescindere dalla rilevanza - o meno - del "falso" contenuto dichiarativo ai fini dell'ammissibilità stessa del concorrente alla gara in questione.

Questa pronuncia si richiama a sua volta a quella depositata dalla medesima sez. V° in data 11/6/2013 (n. 3214) e che ha anch'essa escluso la cd. teoria del "falso innocuo", che troverebbe applicazione in tutti quei casi in cui "il falso [...] non incide neppure minimamente sugli interessi tutelati"; nelle gare d'appalto,

al contrario, viene precisato come la completezza ed autenticità delle dichiarazioni rilasciate dai concorrenti rappresenti da sole un valore da perseguire, di tal ch  una dichiarazione incompleta e/o non veritiera configura a tutti gli effetti un "falso", che non pu  essere innocuo, ma necessariamente "colpevole".

Ben tre sentenze del Consiglio di Stato, peraltro assunte da sezioni diverse - ma tutte d'identico segno - non possono che essere interpretate, a sommoso parere di chi scrive, come la definitiva consacrazione della fine del "falso innocuo".

Avv. Andrea Stefanelli

**LA FALSA DICHIARAZIONE IN GARA   RILEVANTE ANCHE IN ASSENZA DEL PROFILO SOGGETTIVO DEL DOLO O DELLA COLPA IN CAPO AL DICHIARANTE**

CONSIGLIO STATO, V , 9/4/2013, N. 1993

In parte connesso al ragionamento sul "falso innocuo"   quanto statuito dalla sentenza in commento relativa alla rilevanza della violazione dell'art. 75 del D.P.R.n. 445/2000; detto art. 75 stabilisce che qualora il contenuto di un'autocertificazione risulti non veritiero, il dichiarante "decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera".

Detta norma, dunque, s'inserisce in un contesto in cui all'autocertificazione rilasciata in corso di gara viene attribuita una funzione probatoria, di cui il dichiarante si assume la piena responsabilit  circa la sua veridicit ; ciononostante tuttavia, ai fini esclusivamente amministrativi, il profilo "penalistico" - ovvero la presenza della piena consapevolezza della falsit  rilasciata - a nulla rileva in sede amministrativa, in quanto ci  che rileva   unicamente la decadenza dell'utilit  conseguita per effetto del mendacio.

In altri termini nel procedimento amministrativo appare totalmente irrilevante

la presenza del dolo e/o della colpa in capo al soggetto che ha rilasciato la dichiarazione mendace in quanto, indipendentemente dal profilo cd. "soggettivo" del dichiarante, ci  che rileva   se detta autocertificazione ha comportato un vantaggio al dichiarante, vantaggio che deve necessariamente essere revocato.

Pertanto il mendacio rileva quale inidoneit  della dichiarazione allo scopo cui   diretto e decadenza dal beneficio conseguito   la naturale conseguenza dell'inidoneit  della dichiarazione non veritiera a raggiungere l'effetto cui era preordinata.

Avv. Andrea Stefanelli

**L'AMMISSIONE AL CONCORDATO PREVENTIVO DEVE AVVENIRE IN CORSO DI GARA**

T.A.R. VALLE D'AOSTA, N. 23 DEL 18/4/2013

Una societ  partecipante ad una gara d'appalto aveva presentato, anteriormente alla delibera di aggiudicazione definitiva, domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo con continuit  aziendale di cui all'art. 186-bis L.F. e l'Amministrazione appaltante, in conseguenza di ci , l'aveva esclusa dalla procedura.

Il TAR Valle D'Aosta, a cui detta societ  si rivolgeva per essere riammessa, ha invece confermato tale esclusione.

Il ragionamento dei giudici amministrativi prende le mosse dall'art. 38 D.Lgs. 163/2006, che esclude dalle procedure d'affidamento tutti quei soggetti che si trovano in stato di fallimento, liquidazione cotta amministrativa e concordato preventivo, fatto salvo il caso di cui all'art. 186-bis L.F.; tale inciso, unitamente al comma 4 dell'art. 186-bis (l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure d'appalto) sono, secondo il Collegio giudicante, da ritenersi norme di stretta interpretazione, che fanno eccezione quindi alla previsione d'esclusione ex art. 38 nel caso di perdita di un requisito d'ordine generale in corso di gara.

Secondo l'insegnamento del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria n. 4 del 7/4/2011 e VI°, 18/2/2012, n. 6487), i requisiti generali e speciali devono essere sempre posseduti tanto alla data di scadenza del bando, che a quella di verifica dei requisiti da parte della P.A. appaltante, che, infine, a quella d'aggiudicazione provvisoria e definitiva; nel caso di specie, invece, al momento dell'aggiudicazione la società ricorrente non era ancora stata ammessa al concordato (addirittura il piano concordatario non era stato ancora ultimato e presentato) ragion per cui non vi era alcuna garanzia, da parte della P.A. appaltante, che detta ammissione si sarebbe successivamente perfezionata in termini positivi e che, di conseguenza, detta concorrente potesse quindi partecipare a pieno titolo all'incanto.

L'esigenza di assicurare il rispetto del principio di certezza e stabilità delle gare d'appalto porta pertanto a ritenere che l'ammissione al concordato debba avvenire prima della conclusione della gara in quanto, in caso contrario, si rischia di esporre la procedura ad una durata non preventivabile oltre che al possibile esito negativo della richiesta d'ammissione al concordato; se dunque, secondo il TAR Friuli Venezia Giulia I°, 6/3/2013, n. 146 (già commentato in precedenza nella Newsletter marzo 2013) anche la semplice presentazione dell'istanza d'ammissione alla procedura di concordato con continuità aziendale consente all'impresa di partecipare alla gara, con la sentenza in commento si precisa tuttavia come l'ammissione al concordato con continuità aziendale deve comunque avvenire prima dell'aggiudicazione di detta gara.

avv. Eleonora Lenzi

#### **L'INTRODUZIONE DELL'ACCESSO CIVICO AGLI ATTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI**

##### DECRETO LEGISLATIVO 14/3/2013, N. 33

Il decreto legislativo n. 33/2013, avente ad oggetto il riordino della disciplina riguardante

gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni, può essere definito un vero e proprio "codice di trasparenza", emanato in attuazione dei principi previsti dall'art. 1, comma 35, della Legge 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione".

Gli obiettivi dichiarati di tale decreto legislativo, entrato in vigore lo scorso 20 aprile, sono quelli di riordinare in un unico corpo normativo le numerose disposizioni legislative, in materia di obblighi di informazione, trasparenza e pubblicità da parte delle pubbliche amministrazioni, prevedere un sistema sanzionatorio per il mancato, ritardato o inesatto adempimento degli obblighi di pubblicazione, oltre a consentire ai cittadini di esercitare un controllo democratico sull'attività delle amministrazioni.

Tali obiettivi sono in accordo ai principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza dell'azione pubblica.

Il decreto si applica a tutte le pubbliche amministrazioni, includendo al loro interno non solo le Amministrazioni statali e gli Enti locali, ma anche gli enti pubblici economici, nonché le aziende ed enti del Servizio Sanitario Nazionale, le Università, gli I.A.C.P., le Camere di commercio e loro associazioni.

Quanto al concetto di "trasparenza", contenuto all'art. 1, questa può essere definita come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle PP.AA., allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche; il nuovo concetto di trasparenza va dunque inteso non solo quale potenziale diritto di accesso agli atti, bensì come concreta accessibilità alle informazioni, documenti e

dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle P.A., che da ora in poi dovrà essere garantita mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti istituzionali dei vari enti.

La trasparenza dev'essere garantita tenendo comunque conto dei limiti derivanti dal rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, segreto d'ufficio, statistico e di protezione dei dati personali, di modo che il principio della massima pubblicità dei dati rispetti e venga contemperato alle esigenze di segretezza e tutela della privacy.

In ragione dell'introduzione di tali obblighi di trasparenza ed accessibilità a carico delle pubbliche amministrazioni è stato introdotto l'istituto del cosiddetto "accesso civico" (art. 5), che stabilisce come tutti i cittadini hanno diritto di chiedere e ottenere che le Amministrazioni pubblichino atti, documenti e informazioni che detengono e che, per qualsiasi motivo, non hanno ancora divulgato. Il nuovo istituto va quindi nettamente distinto dal diritto di accesso agli atti di cui agli artt. 22 e seguenti L.n. 241/1990, essendo diversi sia i presupposti, che i contenuti, che i soggetti legittimati. L'art. 5 comma 2° stabilisce infatti che "la richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione di cui al comma 1, che si pronuncia sulla stessa."

Non occorre pertanto, a differenza della richiesta di accesso agli atti ordinaria, che l'istante dimostri di avere un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso, ma in questo caso si riconosce a tutti il diritto di accesso civico, anche se non portatori di alcun interesse giuridico qualificato.

Al diritto d'accesso civico corrisponde l'obbligo, per tutte le PP.AA., di pubblicare sul

proprio sito il documento, l'informazione o il dato e di trasmetterlo contestualmente al richiedente o, in alternativa, di comunicarne l'avvenuta pubblicazione, indicando il collegamento ipertestuale a quanto richiesto.

Se invece il documento o il dato richiesto risultano già pubblicati (nel rispetto della normativa vigente) l'amministrazione indica allora al richiedente il relativo collegamento ipertestuale.

La richiesta d'accesso è gratuita e dev'essere inoltrata al Responsabile della trasparenza della pubblica amministrazione inadempiente che si pronuncia sulla stessa entro 30 giorni..

Viene dunque in rilievo la nuova figura del "Responsabile della trasparenza", il quale ha compiti di controllo dell'adempimento da parte dell'amministrazione pubblica degli obblighi di trasparenza, oltre alla verifica della completezza e chiarezza delle informazioni rese accessibili mediante la pubblicazione e della regolarità ed attuazione dell'accesso civico, previsto dal decreto.

Il responsabile della trasparenza ha inoltre il compito di segnalare alle Autorità competenti (OIV, CIVIT) eventuali inadempienze relative alle pubblicazioni obbligatorie nonché i casi più gravi di inadempimento degli obblighi sopra indicati.

Infine, quanto alle sanzioni previste per i casi di violazione degli obblighi di trasparenza per le P.A., l'art. 46 prevede che l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale ed elemento di valutazione dell'ulteriore responsabilità per danno all'immagine nelle ipotesi in cui nelle omissioni descritte si ravvisi una fattispecie di reato.

Il mancato rispetto degli obblighi di pubblicazione è valutato inoltre ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili.

Dott. Fabio Caruso



## IMPRESE

### DISPOSITIVI MEDICI

#### PUBBLICITÀ DISPOSITIVI MEDICI: ATTENZIONE ALLE OFFERTE NON VERITIERE

*A seguito del nostro articolo pubblicato nel mese di maggio 2013 e sul nostro sito internet [www.studiolegalestefanelli.it](http://www.studiolegalestefanelli.it), riceviamo le precisazioni del sig. Volpini e volentieri pubblichiamo.*

Premesso che nessuna sanzione è stata comminata ad Avanzi da parte dell'AGCM, ci tengo a precisare che AGCM su segnalazione di un unico cliente ha avviato un procedimento, nel corso del quale era stata emessa a fine Maggio una ordinanza di sospensione delle attività pubblicitarie (e non della campagna) contro la quale la società ha prontamente fatto ricorso avanti al Tribunale Amministrativo del Lazio.

In occasione dell'audizione del 13 Giugno, Avanzi ha portato, di fronte all'Autorità Garante, ulteriori elementi comprovanti la legittimità, correttezza e veridicità della pratica commerciale contestata a seguito dei quali è stata richiesta una pronta archiviazione del procedimento per manifesta infondatezza della contestazione.

La società, inoltre, nell'informare la AGCM che la promozione 2x1 sarebbe ripresa già nel mese di giugno, ha altresì comunicato alla stessa che alcune modifiche nei messaggi pubblicitari sarebbero state apportate affinché, seppur già presente nei messaggi precedenti, fosse ancor più evidente il valore dell'occhiale in omaggio.

Avanzi, infatti, pur ritenendo del tutto legittima e corretta la passata campagna anche sotto il profilo della modalità di comunicazione ed informazione, ha ritenuto comunque di poter accogliere alcune

indicazioni della AGCM nell'ambito di quello spirito di leale collaborazione che deve informare i rapporti tra le aziende commerciali e Autorità e che è tipico dei nuovi modelli organizzativi che disciplinano il rapporto tra privati e Amministrazione, anche di controllo.

Pertanto, a partire da Sabato 22 Giugno, in occasione della telecronaca della partita Italia - Brasile, sono ripartiti gli spot televisivi con offerta 2x1 un occhiale in omaggio, per questa estate ulteriormente arricchiti dall'offerta come secondo occhiale gratuito di un occhiale da sole graduato del valore di 59€.

### DIRITTO DEL LAVORO

#### LICENZIAMENTO PER MANCATO

#### RAGGIUNGIMENTO DEGLI OBIETTIVI ASSEGNATI DAL DATORE DI LAVORO

CASS. CIV. SEZ. LAV. DEL 12/06/2013 N° 14758

Annosa questione quella del licenziamento per scarso rendimento; la Corte di Cassazione però, con la pronuncia in commento, sembra offrirci uno spunto di riflessione che merita di essere condiviso.

Un lavoratore del settore trasporti era stato licenziato perché, rispetto agli obiettivi minimi posti dall'azienda, non era riuscito, in ben 15 occasioni, a raggiungere i risultati richiesti; per tale ragione, irrogato il provvedimento espulsivo per violazione dell'onere di diligente collaborazione, il datore di lavoro era poi stato costretto ad un lungo iter giudiziario, giunto infine alla definitiva conferma di corretto licenziamento da parte dei magistrati di legittimità.

Ebbene, la Corte di Cassazione ha ribaltato la sentenza, stabilendo doversi riformare il provvedimento di licenziamento in quanto appariva insussistente lo scarso rendimento,

così come delineato e provato nei vari gradi giudizio.

Invero, spiegano i Supremi Giudici, la negligenza del lavoratore per mancato raggiungimento degli obiettivi aziendali imposti non può essere valutata al solo fine di stabilire un risultato minimo; tutt'altro, si ha scarso rendimento - da solo idoneo a fondare un provvedimento espulsivo - solo nelle ipotesi in cui, presi a parametro di riferimento gli altri lavoratori adibiti alle medesime mansioni (nonché valutata la loro "produttività media"), il lavoratore licenziato non abbia raggiunto neanche quei risultati minimi conseguiti dagli altri dipendenti.

In altri termini a nulla rileva invece il mancato raggiungimento dell'obiettivo fissato dal datore di lavoro se lo stesso non è "mediamente" raggiungibile e, cioè, se quel medesimo obiettivo non è stato raggiunto - o ragionevolmente non poteva esserlo - da nessuno altro lavoratore impegnati nelle medesime mansioni.

Il ragionamento della Cassazione sembra essere assolutamente condivisibile; vero è infatti che la magistratura si è posta il problema di risolvere la prassi datoriale dello stabilire un obiettivo soggettivamente irraggiungibile allo scopo poi di poter comminare, a seguito del (inevitabile) mancato raggiungimento per negligenza del prestatore di lavoro, il licenziamento per giustificato motivo soggettivo.

Ora invece, sul filone giurisprudenziale che si è andato via via formando, i Supremi Giudici hanno stabilito che il raggiungimento di quello stesso obiettivo non dev'essere valutato soggettivamente, ma oggettivamente, ovvero deve fornirsi prova che, a parità di condizioni, quello stesso risultato era raggiunto dagli altri colleghi, mentre invece non lo era dal lavoratore licenziato e che, per (sola) tale ragione, egli risulta negligente, con una mancanza grave e legittimante (solo in quel caso) il provvedimento espulsivo.

Avv. Andrea Marinelli

## CONCORRENZA

### PIÙ ATTENZIONE ALLA CONCORRENZA NELLE GARE D'APPALTO DEI FARMACI AGCM SEGNALAZIONE AS 1049 - DISCIPLINA SPECIALE DI ALCUNE GARE PER LA FORNITURA DI FARMACI

Sul Bollettino n. 21 del 3 giugno è apparsa una segnalazione dell'AGCM per quanto attiene la gare d'appalto per l'acquisto dei farmaci.

Più esattamente l'AGCM lamenta la presenza ricorrente, nella disciplina speciale di gare relative alla fornitura di farmaci, di clausole che ostacolano il confronto concorrenziale limitando l'accesso al mercato di imprese produttrici di farmaci generici (rectius, equivalenti) o biosimilari.

Le gare segnalate erano quelle dall'Azienda Ospedaliera Istituti Clinici di Perfezionamento di Milano in qualità di capofila di altre cinque primarie strutture ospedaliere dell'area milanese<sup>1</sup>, nonché una gara bandita nel marzo 2013 dall'Azienda Sanitaria Locale di Taranto ("ASLT") in qualità di capofila di altre cinque primarie strutture sanitarie della Regione Puglia.

Su tali gare l'AGCM segnala quanto segue.

- L'approvvigionamento di farmaci a mezzo di procedure di gara è volto all'ottenimento dei maggiori risparmi di spesa possibili sulla base del confronto concorrenziale tra le imprese aspiranti fornitrici, salvo i casi in cui il bene oggetto di fornitura sia coperto da esclusiva commerciale.
- A seguito della scadenza dell'esclusiva il confronto concorrenziale può esplicarsi tra il produttore sino a quel momento esclusivista e i nuovi produttori del farmaco equivalente (il cui prezzo d'immissione sul mercato è solitamente inferiore di almeno il 20%)
- in vista dell'ottenimento del maggior risparmio possibile per le stazioni appaltanti, pertanto, le discipline di gara devono essere

mirate a stimolare la concorrenza di prezzo a partire da quello del farmaco equivalente.

Al contrario nelle gare segnalate in presenza della decadenza di esclusiva nel corso della fornitura aggiudicata all'impresa esclusivista erano previste rinegoziazioni del prezzo di fornitura nei soli confronti dell'aggiudicataria. Più esattamente

nel caso della gara bandita dall'AOM, gli artt. 2.2 e 2.4 del capitolato speciale d'appalto non avviavano un opportuno confronto concorrenziale ma si limitavano a prevedere che, subito dopo la cessazione dell'esclusiva commerciale, il prezzo di cessione del farmaco veniva rinegoziato con l'impresa aggiudicataria e che, dopo un anno, lo stesso si assestava sulla media del mercato registrabile al momento: con ciò escludendo qualsiasi incentivo a riformulare ulteriori ribassi di prezzo per l'impresa risultata a suo tempo aggiudicataria della fornitura (fornitura, peraltro, di durata 48 mesi)

Con riferimento alla gara bandita dall'ASLT, l'art. 6 del capitolato tecnico prevedeva che, a seguito di mutamenti delle condizioni di mercato (tra cui la cessazione dell'esclusiva commerciale) nel corso della vigenza contrattuale, la stazione appaltante avrebbe proceduto ad interpellare l'impresa aggiudicataria affinché la stessa formulasse la propria migliore offerta per la continuazione della fornitura. Anche in questo caso veniva di fatto escluso un diretto confronto concorrenziale con eventuali nuovi fornitori lungo l'intera, significativa durata della gara (36 mesi).

Infine con riferimento alle concrete modalità di stimolo alla concorrenza in gare per l'acquisto di farmaci, e specificamente in presenza di una decadenza di esclusiva commerciale in corso di fornitura, l'Autorità rileva come:

(1) in base all'art. 15, comma 3, lettera d), del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito con legge 7 agosto 2012, n. 135, gli enti del servizio sanitario nazionale ovvero gli

enti territoriali per essi competenti siano tenuti a utilizzare gli strumenti di acquisto e negoziazione telematica messi a disposizione dalla società Consip S.p.A. o dalle centrali di committenza regionali di riferimento, ciò che consente una più efficace aggregazione della domanda ai fini dell'ottenimento di migliori offerte di prezzo;

(2) nel caso di ricorso al sistema dinamico dedicato all'acquisto di farmaci reso operativo da Consip S.p.A., il modello di disciplina speciale a disposizione delle stazioni appaltanti prevede proprio una clausola di risoluzione e recesso di fornitura a seguito della scadenza di tutela brevettuale e immissione in commercio di medicinali equivalenti, cui segue l'esperimento di una nuova procedura "dinamica" con invito a offrire esteso a tutti gli operatori economici in possesso di autorizzazione in commercio per la specifica molecola (cfr. art. 11 del capitolato tecnico-tipo), previo utilizzo del prezzo del nuovo farmaco equivalente - ovvero del più basso in caso di una pluralità di equivalenti divenuti disponibili sul mercato - come nuova base d'asta.

L'Autorità ritiene che simili clausole possano effettivamente consentire un'utile riapertura del confronto concorrenziale, per di più in un contesto flessibile quale quello di un sistema dinamico di acquisizione.

Avv. Silvia Stefanelli

## **DURC: Documento Unico di Regolarità Contributiva**

### **DOCUMENTO UNICO DI REGOLARITÀ**

#### **CONTRIBUTIVA: UNA MATASSA DA DIPANARE**

Affrontiamo per sommi capi un argomento che spesso volte risulta fonte di molteplici problemi interpretativi, anche e soprattutto in ragione della sua continua "evoluzione" normativa.

In generale il DURC (Documento Unico di Regolarità Contributiva) è un documento necessario nell'ambito degli appalti sia pubblici

che privati; nel primo caso è indubbiamente un requisito necessario tanto in fase di partecipazione alle gare, che per la loro aggiudicazione, nonché risulta obbligatorio per addivenire alla stipula contrattuale, per l'accertamento degli stati di avanzamento-lavori oltre che, infine, per le liquidazioni finali. Nell'ambito privato, invece, si rinviene la sua obbligatorietà sia nell'ambito di lavori edili privati soggetti al rilascio di concessione edilizia, sia nel caso di verifica in ordine all'idoneità tecnico-professionale delle imprese appaltatrici e dei lavoratori autonomi, così come previsto dal D.Lgs 81/2008 (in materia di sicurezza e salute sul lavoro nei cantieri temporanei e mobili).

Attesa dunque l'importanza di tale documento, volto a contrastare l'evasione previdenziale, si riportano alcune regole generali:

1. il DURC viene rilasciato dagli istituti previdenziali entro 30 giorni dalla data di acquisizione della richiesta da parte del sistema informatico; in difetto "scatta" il silenzio assenso;
2. la normativa da prendere in considerazione poi è quella rinvenibile nella Legge n. 183 del 12/11/2011, che prevede il divieto alle P.A. di richiedere alle aziende certificati e/o informazioni già in suo possesso;
3. è chiarito altresì oggi come, in seguito all'aggiudicazione di un appalto pubblico, il DURC non possa essere sostituito da alcuna autocertificazione e/o dalla presentazione degli F24 utilizzati per il versamento (Consiglio di Stato, n. 4035 del 25/8/2008);
4. si segnala inoltre, per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, l'estensione della durata del documento che dovrebbe (il condizionale è d'obbligo) passare dagli attuali 3 mesi ai 180 giorni, con possibilità di acquisizione per via informatica; vedasi a tal proposito le ultime novità contenute nel cd. "decreto Fare" di recente pubblicazione;
5. in ultimo, per le imprese con DURC irregolare in conseguenza (anche) del ritardo

nei pagamenti da parte delle PP.AA., viene oggi data la possibilità di fare riferimento allo status del DURC prima dell'intervenuta irregolarità.

In relazione all'ultimo punto, in particolare, si segnala come il testo definitivo del decreto sui debiti P.A. sia stato emendato prevedendo oggi, al comma 11-ter dell'art. 6 (vedasi G.U.R.I. n.132 del 7/6/ 2013) la possibilità di andare a ritroso nel tempo per rinvenire la regolarità mancante in ragione degli inadempimenti della P.A. stessa.

E' infatti innegabile come la situazione divenga in molti casi paradossale allorché le imprese (oggi in difficoltà più che mai) difettino nella regolarità contributiva proprio - e soprattutto - in ragione dei cronici ritardi nei pagamenti da parte delle Stazioni appaltanti pubbliche.

La norma, dunque, sembra andare in una direzione "di buon senso" oltre che "di legge", muovendosi perfettamente in linea con la logica espressa dalla L.n. 94/2012 di conversione del cd. "1° Spending review" che prevede, all'art. 13-bis comma 5° "...Il documento unico di regolarità contributiva di cui all'articolo 1, comma 1175, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, è rilasciato anche in presenza di una certificazione, rilasciata ai sensi dell'articolo 9, comma 3-bis, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, come da ultimo modificato dal presente articolo, che attesti la sussistenza e l'importo di crediti certi, liquidi ed esigibili vantati nei confronti delle pubbliche amministrazioni di importo almeno pari agli oneri contributivi accertati e non ancora versati da parte di un medesimo soggetto. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente

decreto, sono stabilite le modalità di attuazione del presente comma...".

Attendiamo fiduciosi la prossima evoluzione normativa.

avv. Adriano Colombari

**IL DURC PUÒ ESSERE RILASCIATO ANCHE  
ALL'IMPRESA IN CONCORDATO PREVENTIVO IN  
CONTINUITÀ**

MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI  
– INTERPELLO N. 41/2012

In risposta ad un interpello promosso dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro, con cui si chiedeva se fosse possibile ottenere l'attestazione di regolarità contributiva nell'ipotesi in cui l'impresa fosse sottoposta ad una procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, il

Ministero ha chiarito che è possibile ottenere il rilascio del DURC qualora il piano di concordato omologato dal Tribunale

contempili l'integrale assolvimento dei debiti previdenziali e assistenziali contratti prima dell'attivazione della procedura concorsuale

entro un anno dalla data di omologazione, ovvero non oltre il termine di moratoria previsto dall'art. 186 bis, comma 2 lettera c) L.F. per il pagamento dei crediti privilegiati.

Trascorso detto termine, l'impresa che non abbia provveduto al pagamento dei crediti assicurativi deve essere certificata come "irregolare".

avv. Eleonora Lenzi

## DIRITTO DELLA SANITÀ

### ENNESIMO ROUND MASSOFISIOTERAPISTI VERSUS FISIOTERAPISTI MA QUALCUNO PARLA DI VITTORIA PARZIALE A FAVORE DEI PRIMI Sent. N. 5483 del 31 maggio 2013, T.A.R.

Lazio

Con la sentenza emessa dal TAR Lazio il mese scorso che ha rigettato il ricorso presentato dalla AIFA (Associazione Italiana Fisioterapisti) contro il Ministero della Salute e nei confronti dell'AIMFI (Associazione Italiana Massofisioterapisti) la storica diatriba che sussiste, o meglio persiste, tra gli operatori sanitari protagonisti del settore della riabilitazione aggiunge l'ennesimo tassello ad un mosaico iniziato nell'Italia degli anni settanta. Dal 1976, infatti, anno che segnò la svolta per i massofisioterapisti grazie ad un decreto ministeriale che assegnava finalmente un "mansionario" a tale figura professionale, l'evolversi della normativa se regolamentava da un lato il percorso formativo del fisioterapista non riordinava, dall'altro, quello del massofisioterapista. Nessun profilo universitario dunque, ma neanche alcuna soppressione della figura del massofisioterapista; insomma, un professione orfana. E' con la più recente giurisprudenza però che comincia ad intraprendersi un percorso di riscatto.

Entrando nel merito della questione di cui è stato investito il tribunale amministrativo laziale i ricorrenti – fisioterapisti- proponevano istanza di declaratoria di illegittimità del silenzio-adempimento opposto dal Ministero della Salute alla richiesta degli stessi di modificare il sito internet ministeriale nella parte in cui veniva ricompresa la figura del massofisioterapista nell'elenco delle professioni sanitarie. Semplificando, al di là di quanto previsto e ormai pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza circa

l'equivalenza/equipollenza di titoli per i massofisioterapisti con diploma biennale/triennale conseguito entro il 1999, AIFI faceva presente che l'inclusione del massofisioterapista nell'elenco delle professioni sanitarie genera incertezza e realizza una indebita "sottrazione" di competenze proprie del fisioterapista, professione sanitaria riconosciuta ai sensi dell'art. 6 del D. lgs. 502/1992. Ritenendo che il Ministero della Salute non si fosse pronunciato su tale istanza nei tempi utili previsti dalla legge la predetta associazione proponeva ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione.

Il Collegio rigettando il ricorso considerato inammissibile, dunque non entrando nel merito come apostrofato da alcuni, ha però evidenziato come invece il Ministero avesse già provveduto a riscontrare la richiesta dell'Associazione Italiana Fisioterapisti e come, in quella stessa nota, fosse palesato il diniego alla richiesta di modifica del sito internet.

Che significato dare a questa pronuncia? Il Ministero non ha ceduto alle richieste dell'AIFI ed il Tribunale adito ha rilevato e condiviso la necessità, fatta propria dall'amministrazione, di non esprimersi definitivamente sulla questione in attesa della pronuncia del Consiglio di Stato su una sentenza del TAR di Napoli asseritamente favorevole alla tesi della ricorrente. Che dire? non resta che attendere, per conoscere definitivamente le sorti una figura professionale se non più del tutto orfana sicuramente in cerca di adozione.

Dott. Federico Breschi

### RESPONSABILITÀ MEDICA: NO ALL'ESTENSIONE DEL CONSENSO FIRMATO DAL MALATO AD UNA OPERAZIONE DIVERSA DA QUELLA PREVISTA

Corte di Cassazione, Sez. III Civile, sent. n.  
14024/2013

Così ha deciso la Sezione III Civile della nostra Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da un paziente che aveva riportato una grave incontinenza alle feci solide come complicanza di un intervento di "fisolta perianale trans-sfinterica", pur avendo prestato il proprio consenso al diverso intervento di "fistola sacrococcigea". Tale complicanza, pur se normalmente prevista a seguito dell'intervento subito, non lo era invece per il diverso intervento rispetto al quale il paziente aveva prestato il proprio consenso.

Sia in primo grado sia in appello i giudici avevano ritenuto di dover rigettare il ricorso proposto, argomentando che il paziente fosse stato pur sempre reso edotto dell'esistenza di una patologia nella regione ano-rettale e della conseguente necessità di eseguire un intervento. Si sottolineava inoltre come la diagnosi precisa della patologia che affliggeva il paziente fosse stata fatta soltanto in sede di intervento chirurgico, con la conseguenza che i medici non avrebbero di certo potuto interrompere l'intervento per munirsi di un più esplicito e dettagliato consenso.

Di diverso avviso i giudici della Corte di Cassazione che, in accoglimento del ricorso presentato dal paziente, hanno cassato la sentenza impugnata e rinviato il procedimento alla Corte d'Appello di Napoli, argomentando che "(...) gravemente carente appare la motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui (...) ritiene, invero apoditticamente, estendersi ad un intervento diverso la manifestazione di consenso prestata dal paziente a quello invece previsto, opinando, del tutto immotivatamente, (...) che la diversa operazione – ed i ben diversi rischi ad essa sottesi – potessero ritenersi "ricompresi" nell'iniziale informazione (...)".

Ribadita, dunque, con questa pronuncia, la centralità del consenso informato quale limite e discriminare dell'attività medica, chiamata a svolgersi nel rispetto ed entro i limiti segnati dalla manifestazione di volontà del paziente, titolare unico di quel diritto costituzionalmente tutelato che è il diritto alla salute.

Dott.sa Silvia Pari