



Servizio Legale e Contenzioso

LEX FOR ARNAS



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

Edizione Novembre 2024

SOMMARIO

DIRITTO DEI SERVIZI PUBBLICI

Il TAR Catania si esprime sulla revoca della proposta di aggiudicazione per false dichiarazioni sul possesso di requisiti di ordine generale.

(TAR Catania, Sez. IV, sentenza del 30 ottobre 2024, n. 3591)

Il commento (a cura della Dott.ssa Giorgia Fallica)2-3

DIRITTO ALL'OBLIO ONCOLOGICO

Obligo oncologico e modalità per l'ottenimento del certificato.

Il commento (a cura della Dott.ssa Elisa Landi)4-5

APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE

Indicazioni alle stazioni appaltanti in merito alle modalità di espletamento dei controlli e delle verifiche da svolgere durante la fase esecutiva degli appalti di servizi e forniture.

(Delibera ANAC n. 497 del 29 ottobre 2024)

Il commento (a cura dell'Avv. Carmelo Ferrara)6-7



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

DIRITTO DEI SERVIZI PUBBLICI

Il TAR Catania si esprime sulla revoca della proposta di aggiudicazione per false dichiarazioni sul possesso di requisiti di ordine generale.

(TAR Catania, Sez. IV, sentenza del 30 ottobre 2024, n. 3591)

“È legittimo il provvedimento di revoca della proposta di aggiudicazione della gara per l'affidamento in concessione di beni immobili appartenenti al demanio idrico dello Stato ai sensi del d.P.R. 13 settembre 2005, n. 296, qualora il concorrente abbia presentato una falsa dichiarazione in merito alla insussistenza di condanne penali, requisito espressamente previsto nella lex specialis, essendo, al contrario, risultato a suo carico un decreto penale di condanna. In tale ipotesi, la stazione appaltante non è tenuta ad alcuna valutazione in concreto sui riflessi della violazione degli obblighi dichiarativi sul giudizio di affidabilità, venendo in rilievo un mero atto intermedio del procedimento di gara la cui eventuale revoca non richiede una approfondita comparazione tra l'interesse pubblico e quello privato ma, piuttosto, una valutazione in termini di mera opportunità e convenienza”.

Con la sentenza in epigrafe, il TAR Catania si è pronunciato nel merito di una procedura di affidamento in concessione di taluni beni immobili appartenenti al demanio idrico dello Stato e, in particolare, sulla questione inerente alla legittimità o meno della revoca della proposta di aggiudicazione per false dichiarazioni sul possesso di requisiti di ordine generale da parte dell'aggiudicatario.

Il Collegio, da un lato, riferisce l'orientamento secondo cui *“non ogni falsità contenuta nella dichiarazione pur preliminare alla concessione di benefici vale a determinarne la decadenza ex art. 75 d.P.R. n. 445 del 2000, ma solo quella che sia risultata tale da incidere causalmente, in modo diretto ed effettivo, sull'adozione del provvedimento attributivo del beneficio (cfr. peraltro, in materia di contratti pubblici, Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16, che pone in risalto la necessità che le falsità e omissioni comunicative siano apprezzate, a fini escludenti, in una al fatto sostanziale non dichiarato, e dunque che le stesse assumano una rilevanza propriamente sostanziale)”* (Consiglio di Stato sez. V, 2 aprile 2024, n. 3001).

Nondimeno, nel caso di specie, il TAR ritiene che **occorre porre attenzione alla natura giuridica dell'atto che l'Amministrazione ha inteso revocare, trattandosi di un'aggiudicazione provvisoria.**

E infatti, per pacifico orientamento giurisprudenziale:

- *“l'aggiudicazione provvisoria è atto endoprocedimentale - instabile e ad effetti interinali, per la precisione - che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario. Con la conseguenza che la possibilità che ad una aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva costituisce evento del tutto fisiologico, inidoneo di per sé a ingenerare forme di affidamento tutelabili e dunque un qualsivoglia obbligo risarcitorio”* (Consiglio di Stato sez. V, 12 settembre 2023, n. 8273);

- non essendo la proposta di aggiudicazione l'atto conclusivo del procedimento, rientra nel potere discrezionale dell'Amministrazione la



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

sua revoca, *“il cui esercizio prescinde dall'applicazione dell'art. 21 - quinquies della legge n. 241 del 1990, pur richiedendosi la sussistenza di concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna la prosecuzione delle operazioni di gara (cfr. Cons. Stato, V, 11 marzo 2020, n. 1744; 9 novembre 2018, n. 6323)”* (Consiglio di Stato sez. V, 11 gennaio 2022, n. 200).

Tanto premesso e considerato, nel caso di specie:

- a) nell'avviso di gara era stabilito che *“Il mancato rispetto delle prescrizioni contenute nel presente avviso di gara costituisce causa di esclusione dalla procedura”*;
- b) l'Amministrazione si era espressamente riservata di procedere alla stipula dell'atto di concessione solo nel caso di positiva verifica dei requisiti dichiarati nell'allegato dell'offerta presentata dal concorrente individuato quale contraente provvisorio per la concessione dell'immobile;
- c) era previsto, in particolare, l'obbligo di dichiarare ai sensi dell'art. 46 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, *“di non aver riportato condanne penali e di non essere destinatario di provvedimenti che riguardano l'applicazione di misure di sicurezza e misure di prevenzione, di decisioni civili e di provvedimenti amministrativi iscritti nel casellario giudiziale ai sensi della vigente normativa”*.

In conseguenza, il TAR ha ritenuto il provvedimento impugnato adeguatamente motivato in ragione dell'incontestata falsità

dichiarativa del ricorrente, a cui carico risultava un decreto penale di condanna.

Né l'Amministrazione, nel disporre la mancata aggiudicazione per falsità dichiarativa, era tenuta ad alcuna valutazione in concreto sui riflessi della violazione degli obblighi dichiarativi sul giudizio di affidabilità dell'aggiudicatario, essendo l'aggiudicazione provvisoria, come già chiarito, “mero atto intermedio del procedimento di gara la cui eventuale revoca non richiede, per le ragioni sopra illustrate, una approfondita comparazione tra l'interesse pubblico e quello privato ma, piuttosto, una valutazione in termini di mera opportunità e convenienza” (Consiglio di Stato sez. V, 12 settembre 2023, n. 8273).

Autore: Dott.ssa Giorgia Fallica, Collaboratore Amministrativo Professionale – Servizio Legale e Contenzioso ARNAS “Garibaldi”.



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

DIRITTO ALL'OBLIO ONCOLOGICO

Oblio oncologico e modalità per l'ottenimento del certificato.

Legge 07 dicembre 2023 n. 193 recante *"Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche"*.

Con la legge in epigrafe, in Italia è stata finalmente introdotta una normativa volta a tutelare i diritti delle persone che hanno superato una patologia oncologica, evitando che le stesse possano subire discriminazioni nell'accesso a diversi servizi. Si tratta di un grande traguardo normativo raggiunto nel nostro Paese, in quanto precedentemente molte persone guarite da un cancro vedevano negarsi l'accesso a prodotti assicurativi o finanziari a causa del loro passato oncologico, nonostante la malattia non rappresentasse più un rischio significativo.

Oggi, la legge introduce il *"diritto all'oblio oncologico"* inteso come *"il diritto delle persone guarite da una patologia oncologica di non fornire informazioni né subire indagini in merito alla propria pregressa condizione patologica"* per accedere ai servizi bancari, finanziari e assicurativi, a procedure concorsuali, al lavoro e alla formazione professionale.

Per esercitare tale diritto, l'interessato, ovvero il soggetto che ha avuto una malattia oncologica dalla quale è guarito, può chiedere il rilascio del **certificato di oblio oncologico** secondo le modalità indicate nel Decreto del Ministero della Salute del 05 luglio 2024, presentando un'apposita istanza, debitamente documentata, ad una struttura sanitaria pubblica o privata accreditata, ad un medico dipendente del Servizio sanitario nazionale, nella disciplina

attinente alla patologia oncologica, di cui si chiede l'oblio, al medico di medicina generale oppure al pediatra di libera scelta. Oltre ai dati anagrafici, è necessario fornire la documentazione medica relativa alla richiesta di oblio, utilizzando il modello di cui all'**Allegato I** del D.M. del 5 luglio 2024 che è corredato dell'informativa relativa al trattamento dei dati personali di cui all'**art. 13 del regolamento (UE) 2016/679** (GDPR).

Il certificato viene rilasciato entro 30 giorni dalla richiesta se sussistono, a giudizio della struttura o del medico certificante, i presupposti temporali richiesti dalla legge n. 193 del 2023 (*dieci anni dal trattamento attivo in assenza di recidive o ricadute della malattia, ovvero cinque anni se la patologia era insorta prima del ventunesimo anno di età*), ovvero termini inferiori di guarigione previsti per specifiche patologie oncologiche dai successivi decreti attuativi della medesima legge.

Si tratta dunque di un tema che, oltre a svolgere un importante ruolo di sensibilizzazione e informazione di un'ampia platea di soggetti, coinvolge il trattamento di dati sensibili, quali sono i dati della salute, ai sensi della normativa *privacy*.

Per tale ragione, un ruolo fondamentale nel monitoraggio e applicazione della novella legislativa viene assegnato al Garante per la protezione dei dati personali. A tal fine, l'Autorità Garante della Privacy ha pubblicato le FAQ per la corretta applicazione della Legge 7 dicembre 2023, n. 193 fornendo alcuni chiarimenti sul bilanciamento del diritto all'oblio oncologico con altre esigenze legittime, come la sicurezza pubblica o la necessità di valutazioni accurate in ambito assicurativo o lavorativo.

In particolare, per quanto riguarda l'accesso ai servizi bancari, finanziari, di investimento e assicurativi, con la presentazione



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

del certificato di oblio oncologico, da parte dell'interessato, le banche, gli istituti di credito, le imprese di assicurazione e gli intermediari finanziari e assicurativi non possono richiedere informazioni relative allo stato di salute del contraente (persona fisica) concernenti patologie oncologiche da cui sia stato precedentemente affetto e il cui trattamento attivo si sia concluso, senza episodi di recidiva, da più di dieci anni. Se il soggetto aveva meno di ventuno anni al momento in cui è insorta la patologia, questo periodo è ridotto a cinque anni. Non è possibile assumere informazioni concernenti le patologie oncologiche pregresse neanche da fonti diverse dal contraente e, se l'operatore o l'intermediario le hanno per qualche motivo già a disposizione, non possono utilizzarle per la determinazione delle condizioni contrattuali.

Tali obblighi informativi vanno osservati in tutte le fasi di accesso a servizi bancari, finanziari, di investimento e assicurativi, anche nella fase delle trattative precontrattuali, nonché in quella della stipulazione o del rinnovo dei contratti.

Una volta ricevuto il certificato del diritto all'oblio da parte dell'interessato, gli operatori hanno 30 giorni per procedere alla cancellazione delle informazioni.

Il trattamento dei dati relativi agli ex pazienti oncologici trova un'ampia tutela anche in ambito lavorativo, ove è previsto il divieto per il datore di lavoro di chiedere, in fase selettiva, in costanza di rapporto di lavoro e in fase preassuntiva, dati concernenti patologie oncologiche pregresse da cui gli interessati siano stati precedentemente affetti e il cui trattamento attivo si sia concluso, senza episodi di recidiva, da più di dieci anni alla data di richiesta o cinque anni, ove la patologia sia insorta prima del compimento del ventunesimo anno di età dell'interessato.

Solo il medico competente è autorizzato a trattare in autonomia e competenza tecnica i dati personali di natura sanitaria che sono indispensabili per assicurare la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro (ai sensi di quanto previsto dal d.lgs n. 81/2008).

Ma vi è di più. La Legge n. 193 del 7 dicembre 2023 estende la tutela anche con riferimento alla domanda di adozione di minori, anche stranieri, presentata da una coppia di ex malati oncologici. Nello specifico, viene previsto che, le indagini effettuate dal Tribunale per i minorenni per selezionare, tra le coppie che hanno presentato domanda di adozione, quella maggiormente in grado di corrispondere alle esigenze del minore, non possono riportare informazioni relative a patologie oncologiche pregresse quando siano trascorsi più di dieci anni dalla conclusione del trattamento attivo della patologia, in assenza di recidive o ricadute, o più di cinque anni se la patologia è insorta prima del compimento del ventunesimo anno di età.

In conclusione, alla luce delle importanti novità introdotte dalla novella legislativa, si auspica che il diritto all'oblio possa essere esteso anche ai soggetti guariti da altre malattie rare o croniche, al fine di consentire una piena integrazione e tutela sociale senza discriminazioni basate su malattie pregresse.

Autore: *Dott.ssa Elisa Landi, Collaboratore Amministrativo Professionale – Servizio Legale e Contenzioso ARNAS "Garibaldi".*



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE

Indicazioni alle stazioni appaltanti in merito alle modalità di espletamento dei controlli e delle verifiche da svolgere durante la fase esecutiva degli appalti di servizi e forniture.

(Delibera ANAC n. 497 del 29 ottobre 2024)

Con la deliberazione in oggetto, l'ANAC ha inteso fornire, in ausilio alle stazioni appaltanti, le seguenti indicazioni in tema di appalti di servizi e forniture.

In primo luogo, l'Autorità ha puntualizzato, ai fini della corretta configurazione della *lex specialis* e del contratto d'appalto e verifica delle migliorie, come *"costituisce buona prassi l'adeguata e puntuale predisposizione della documentazione di gara, inserendo previsioni dettagliate nei capitolati speciali e nei contratti, concernenti una analitica regolamentazione dei controlli e delle verifiche in corso di esecuzione, anche mediante tempistiche e modalità prestabilite a monte"*.

In particolare, l'ANAC ritiene *"necessario nella predisposizione della documentazione provvedere alla delimitazione chiara dei ruoli e delle funzioni dei soggetti preposti ad espletare i controlli nel caso concreto nonché prevedere l'effettuazione di ispezioni a sorpresa con cadenza periodica, la predisposizione di check list di verifica con l'individuazione delle specifiche obbligazioni previste dai documenti contrattuali integrati dall'offerta tecnica dell'appaltatore, la predisposizione di schemi tipo di processo verbale in contraddittorio con l'appaltatore. È, altresì, opportuno prevedere sempre in maniera esaustiva le fattispecie di inadempimento che danno luogo all'avvio del procedimento per l'applicazione delle penali contrattuali, disciplinando in maniera chiara il relativo procedimento."*

Del pari, costituisce buona prassi prevedere, nella documentazione contrattuale, specifiche modalità di verifica e controllo delle migliorie offerte dall'appaltatore in sede di partecipazione alla gara, oltre che le specifiche conseguenze connesse all'inadempimento rispetto alle stesse o alla difformità rispetto a quanto offerto. Ciò in quanto è stato riscontrato che la formulazione troppo generica delle clausole di un capitolato speciale d'appalto può determinare criticità nell'espletamento dei controlli in fase esecutiva, generando difficoltà nelle concrete modalità attuative dei controlli ad opera dei soggetti preposti dalle diverse stazioni appaltanti, in assenza di indicazioni chiare e precise contenute nei documenti di gara".

A tale riguardo è stato riscontrato dall'ANAC nello svolgimento dell'attività di vigilanza condotta, che il controllo operato dai DEC e dai RUP non sia sufficiente e adeguato alla normativa in quanto spesso è solo successivo e prende spesso avvio da segnalazioni dei fruitori del servizio o dai feedback negativi correlati ad avvenimenti critici e patologici delle prestazioni rese dall'appaltatore.

Al fine di permettere ai soggetti deputati all'espletamento dei controlli in fase esecutiva di svolgere adeguatamente i compiti attribuiti, l'Autorità reputa necessario che ogni stazione appaltante fornisca loro la formazione più appropriata, nonché le risorse e la strumentazione più adeguata, anche in termini di personale.

Sul punto, viene ribadito come nel nuovo codice dei contratti pubblici il principio di risultato costituisce criterio prioritario, tra l'altro, per valutare **la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti.**



L'Osservatorio giuridico dell'ARNAS "Garibaldi" di Catania

Per quanto sopra, è imprescindibile che i DEC ed i RUP svolgano, con proprietà, tutte le funzioni loro attribuite dagli artt. 114, 115, 116 del d.lgs. n. 36/2023 e dagli artt. 31 e ss. dell'allegato II.14, non limitandosi ad attestare l'avvenuta esecuzione dei controlli tramite mere formule di stile, risultando **necessario che le attestazioni di regolare esecuzione facciano riferimento a criteri di misurabilità effettivi**, utilizzati per la verifica anche qualitativa delle prestazioni rese.

Ed infatti, l'articolo 31 comma 2 dell'Allegato II. 14 al codice dei contratti prevede che le attività di controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto negli appalti di servizi e forniture *«devono essere esercitate mediante l'utilizzo di criteri di misurabilità della qualità e devono risultare da apposito processo verbale»*.

Pertanto, la mancata verbalizzazione dei controlli svolti da parte dei DEC e dei RUP non permette in alcun modo di dare evidenza delle verifiche eseguite, del relativo esito e dei criteri di misurabilità utilizzati per svolgere i controlli sulle prestazioni rese dall'appaltatore in sede esecutiva.

Autore: *Avv. Carmelo Ferrara – Dirigente Responsabile Servizio Legale e Contenzioso ARNAS "Garibaldi".*