

N. 02830/2016REG.PROV.COLL.

N. 08823/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8823 del 2015, proposto dal Coordinamento Regionale Collegi Interprovinciali Infermieri Professionali, Associazione Sanitari e Vigilatrici Infanzia Lombardia, Collegi IPASVI di Bergamo, Brescia, Como, Collegio Cremona, Lecco, Mantova, Milano-Lodi-Monza e Brianza, Pavia, Sondrio, Varese, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocato Umberto F., con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Alfredo P. in Roma, Via C., n. ---;

contro

Regione Lombardia, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avvocati Pio Dario V. e Annalisa S., con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Alessandro M. in Roma, Via delle M. R., n. ---;

nei confronti di

Azienda Ospedaliera Ospedale Maggiore di Crema, in persona del Direttore generale pro-tempore; Coop Sociale Igea di Crema, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZIONE III, n. 1163 del 14 maggio 2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Lombardia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2016 il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Umberto F. ed Alessandro M. su delega dichiarata di Annalisa S.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, trasposto in sede giurisdizionale con ricorso notificato il 7 marzo e depositato il 12 marzo 2014, a seguito di opposizione della Regione Lombardia, notificata il 7 febbraio, i Collegi IPASVI costituiti in ogni provincia lombarda hanno impugnato la nota della Regione Lombardia, prot. H1.2013.0023546 del 9 agosto 2013, di riscontro all'atto di diffida che il Coordinamento IPASVI aveva indirizzato alla Regione chiedendo l'eliminazione delle restrizioni anticoncorrenziali introdotte ai danni degli infermieri professionali.

2. - L'atto di significazione e diffida rivolto alla Regione trova la sua causa nella scelta organizzativa dell' Azienda Ospedaliera "Ospedale maggiore" di Crema, con atti adottati in conformità della delibera di Giunta regionale n. 3313 del 2 febbraio 2001, di riservare l'attività di prelievo a domicilio unicamente a soggetti autorizzati ad erogare servizi di medicina e laboratorio ASL o SMEL, per cui l'Azienda ha stipulato una serie di accordi di collaborazione con vari soggetti operanti sul territorio, previamente accreditati presso le ASL della provincia, escludendo che la prestazione possa essere resa da infermieri professionali libero-professionisti, ancorché iscritti all'Albo, ma non aderenti ad una delle dette istituzioni.

3. - In primo grado, i ricorrenti invocavano a sostegno della ritenuta illegittimità degli atti dell'Azienda, **i principi di libera concorrenza e libero mercato** e, in particolare, le modifiche introdotte in materia di liberalizzazione delle attività economiche e delle professioni con decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011, convertito in legge n. 148/2011.

3.1. - La Regione, di contro, ribadiva di non considerare l'attività di prelievo in sé come "prestazione sanitaria", né di permetterla disgiuntamente dai laboratori, che si assumono invece la responsabilità dell'intero processo concernente la prestazione sanitaria dell'esame diagnostico.

4. - Con la sentenza in epigrafe, il T.a.r. dichiarava inammissibile il ricorso per mancanza di interesse, atteso il difetto di lesività della nota impugnata, che si limita ad un'interpretazione delle disposizioni di cui alla DGR VII/3313 del 2 febbraio 2001.

4.1. - Dichiarava, comunque, l'inammissibilità del ricorso in trasposizione, che risulta essere stato prima notificato e quindi depositato, in difformità dal modello legale previsto dall'art. 48 c.p.a. (già art. 10 D.P.R. 1199/1971).

4.2. - Nulla disponeva in ordine alle spese.

5. - Con l'appello in esame, viene criticata la sentenza nella parte in cui dichiara l'inammissibilità del ricorso per difetto di lesività della nota impugnata, deducendo l'omessa valutazione su fatti decisivi della controversia, l'illogicità e irragionevolezza della motivazione e il difetto di istruttoria.

5.1. - Viene anche denunciata l'erroneità della dichiarazione di inammissibilità per errore nella trasposizione del ricorso al Presidente della Repubblica, deducendo l'illogicità e la contraddizione con precedenti dello stesso T.a.r..

5.2. - Infine, vengono reiterati i motivi di annullamento dell'atto impugnato, ovvero:

a) violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del D.L. n. 148/2011, convertito in l. n. 148/2011; eccesso di potere per ingiustizia manifesta; illogicità; difetto assoluto di istruttoria e motivazione;

b) violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990, dell'art. 3 della l. n. 287/1990 e degli artt. 106 e 119 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea;

c) violazione e falsa applicazione dell'art. 4, comma 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, eccesso di potere per errore sui presupposti; violazione del principio del primato dell'ordinamento comunitario.

6. - Si è costituita in giudizio la Regione Lombardia eccependo l'inammissibilità e infondatezza dell'appello.

7. - All'udienza pubblica del 21 aprile 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello merita accoglimento.

2. - Il ricorso di primo grado era ammissibile.

2.1. - Sotto il primo profilo, censurato col primo motivo di appello, il T.a.r. ha ritenuto che la nota impugnata non fosse atto lesivo, in quanto atto meramente "confermativo" di scelte già assunte in ambito regionale sin dal 2001.

2.2. - La nota impugnata è stata adottata a seguito dell'atto di diffida del 31 gennaio 2013 con cui il Coordinamento dei Collegi IPASVI aveva chiesto il riesame della disciplina dettata dalla Regione in materia di attività domiciliare di prelievo, alla luce della normativa anticoncorrenziale sopravvenuta nel 2011 (art. 3 del D.L. n. 148/2011, convertito in l. n. 148/2011), in forza della quale, essendo stato reso libero l'accesso alla professione ed il suo esercizio fondato sull'autonomia e sull'indipendenza di giudizio, intellettuale e tecnica del professionista, la Regione avrebbe dovuto rimuovere le limitazioni vigenti e contrastanti con detto principio di liberalizzazione, entro 4 mesi dall'entrata in vigore del decreto (art. 3, comma 9 lett. a ed f). Trascorso tale termine, deve intendersi pienamente vigente il regime di liberalizzazione.

2.3. - Ad avviso del Collegio, l'atto impugnato, che ribadisce la vigenza della disciplina adottata dalla Regione con la citata delibera di Giunta regionale n. 3313 del 2001, non è atto meramente interpretativo o confermativo, come ritenuto dal primo giudice.

2.4. - Il carattere di “mera conferma” di un atto amministrativo è, in particolare, evincibile quando la sua motivazione si esaurisce nel richiamo al precedente provvedimento, senza compimento di alcuna rivalutazione in fatto e/o in diritto (Consiglio di Stato, sez. IV, 22/12/2014, n. 6265; Consiglio di Stato, sez. V, 08/10/2014, n. 5006).

2.5. - Viceversa, nel caso in esame, trattasi di atto di “conferma”, adottato a seguito di un’istanza di parte, che invoca l’intervenuto mutamento del quadro normativo, il quale modifica in senso sostanziale la disciplina degli interessi pubblici e privati coinvolti e, dunque, ha comportato la riconsiderazione della problematica, che la Regione, pur nel ribadire la vecchia disciplina, non ha potuto ignorare.

L’atto impugnato, pertanto, è autonomamente lesivo e impugnabile.

3. - E’ ammissibile il ricorso di primo grado anche sotto il profilo della corretta trasposizione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale.

3.1. - Secondo un’interpretazione non rigidamente ancorata al dato testuale, ma rispettosa della ratio dell’art. 48 c.p.a., deve ritenersi che il deposito in segreteria, nel termine perentorio di sessanta giorni, dell’atto di riassunzione in giudizio della parte ricorrente (cui è stato notificato l’atto di opposizione), che richiama nel suo integrale contenuto il ricorso straordinario e da cui si evinca chiaramente la volontà di insistere nell’impugnazione in sede giurisdizionale, debba ritenersi rituale, essendo rispettati i termini e, nella sostanza, gli adempimenti richiesti, anche se non nella stretta sequenza prevista dalla norma processuale, ovvero deposito e notifica di “avviso” alla controparte (cfr. C.d.S., Sez. VI, n. 859 del 24 febbraio 20149).

3.2. - In giurisprudenza le soluzioni interpretative dell’art. 48 c.p.a. non sono uniformi, come rileva il primo giudice che aderisce all’indirizzo più conforme al modello legale (Cons. Stato, Sez. V, 29 marzo 2011, n. 1926).

Tuttavia, le due tesi sostenute in giurisprudenza hanno in comune un punto decisivo, anche ai fini della presente controversia: quale che sia la sequenza degli adempimenti formali compiuti per la trasposizione del ricorso straordinario, deve essere osservato per entrambi gli adempimenti (deposito e notifica) il termine perentorio di sessanta giorni decorrente dal perfezionamento, per l’originario ricorrente, della notificazione dell’atto di opposizione, essendo questa, in definitiva, la peculiarità del procedimento in questione rispetto a quello ordinario.

3.3. - Nella fattispecie, non è contestato che gli adempimenti sono stati tempestivi: il termine di sessanta giorni dall’avvenuta notifica dell’opposizione scadeva l’8 aprile 2014; il ricorso è stato depositato il 12 marzo 2014.

3.4. - L’interpretazione seguita dal Collegio è conforme allo scopo della norma, poiché tramite la notifica dell’atto di costituzione dinanzi al T.a.r - invece che dell’avviso di avvenuto deposito in segreteria del ricorso straordinario trasposto - la controparte è venuta a conoscenza, comunque, della reale volontà del ricorrente di proseguire l’impugnazione in sede giurisdizionale.

Non avrebbe rilievo, in senso contrario, la considerazione che se la notifica dell’atto precede il deposito, e non sia effettuata successivamente la notifica dell’avviso di deposito in segreteria, controparte non potrebbe avere riscontro dell’effettiva volontà di proseguire davanti al giudice; invero, tale eventualità è esclusa allorché sia chiara la vocatio in ius, la trasposizione del ricorso straordinario e la volontà di instaurazione del giudizio presso il T.a.r., come nel caso in esame.

3.5. - D'altra parte, questo ordine negli adempimenti (notifica del ricorso e, successivamente, deposito) è quello ordinariamente proprio del processo amministrativo.

Nel caso della trasposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato, la previsione dell'art. 48 c.p.a. ha una funzione di semplificazione: essendo già conosciuto il contenuto del ricorso straordinario alla parte che propone l'opposizione, anche la notifica del semplice avviso del suo deposito innanzi al T.a.r. è sufficiente a renderla edotta della volontà del ricorrente di insistere nell'impugnazione (C.d.S., Sez. VI, n. 859 del 24 febbraio 20149).

A maggior ragione, deve ritenersi validamente costituito il rapporto processuale se la parte si onera spontaneamente della notifica dell'intero ricorso e della vocatio in giudizio, anziché solo dell'avviso dell'avvenuto deposito.

4. - Nel merito, è fondato il motivo col quale gli appellanti denunciano la restrizione ingiustificata all'esercizio della libera professione di infermiere derivante dalle scelte dell'Azienda ospedaliera.

4.1. - Anche prescindendo dalle misure di massima liberalizzazione introdotte con l'art. 3 del D.L. n. 138 del 13.8.2011, convertito in legge n. 148 del 14.9.2011, e tenendo conto del solo principio costituzionale di cui all'art. 41 in tema di libertà di esercizio dell'attività economica, nonché delle specifiche norme di settore, si ritiene che l'esercizio della libera professione infermieristica, svolta da soggetti in possesso di idoneo titolo di studio (diploma universitario abilitante) e di iscrizione all'albo professionale, non possa subire discriminazioni ingiustificate.

4.2. - Ai sensi dell'art. 1 del Regolamento adottato con D.M. 14 settembre 1994, n. 739, adottato ai sensi dell'art. 6, comma 3, del D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, l'attività dell'infermiere professionale ricomprende ogni prestazione che possa ricondursi alla generale categoria dell'"assistenza generale infermieristica", attività con funzione di prevenzione delle malattie e di assistenza dei malati e disabili.

A tal fine, l'infermiere professionale agisce sia individualmente, sia in collaborazione con gli altri operatori sanitari e sociali (art. 1, comma 3, lett. e).

L'infermiere professionale, in possesso del prescritto titolo di formazione e dell'iscrizione all'albo è, secondo il Regolamento, "responsabile dell'assistenza generale infermieristica" (art. 1, comma 1) e "svolge la sua attività professionale in strutture sanitarie pubbliche o private, nel territorio e nell'assistenza domiciliare, in regime di dipendenza o libero-professionale" (art. 1, comma 3, lett. g).

4.3. - Stante il tenore di tale disposizione, applicabile su tutto il territorio nazionale, l'infermiere libero professionista può prestare la propria attività assistenziale, anche a domicilio, senza necessità di essere dipendente o collaboratore di un Laboratorio.

4.4. - Pertanto, la scelta dell'Azienda ospedaliera di concludere accordi per l'effettuazione di prelievi a domicilio solo con i soggetti autorizzati ad erogare servizi di Medicina e Laboratorio

determina una immotivata discriminazione ai danni degli infermieri libero professionisti, causando una irragionevole restrizione della concorrenza nel settore e limitando ingiustificatamente l'accesso al mercato di operatori pienamente legittimati dalla normativa di settore, senza che ricorra alcuna causa eccezionale che giustifichi tale restrizione.

4.5. - Né vale invocare l'interesse pubblico ad una più elevata tutela della salute, atteso che tale fine è adeguatamente tutelato dalla disciplina di settore, che prevede una formazione a livello universitario, e dalle varie norme di categorie, adottate anche dall'ente rappresentativo nazionale cui aderiscono i ricorrenti Collegi (Federazione nazionale dei Collegi IPASVI), quali il codice deontologico, approvato dal Consiglio nazionale dei Collegi IPASVI il 17 gennaio 2009, ed il Vademecum, che fornisce agli infermieri libero professionisti strumenti per l'operatività assistenziale.

4.6. - L'Azienda avrebbe potuto, tutt'al più, imporre particolari oneri e cautele di tipo tecnico-operativo ai propri operatori-collaboratori (quali, ad es., l'uso di un particolare refrigeratore per il trasporto del sangue, oppure termini di consegna dei campioni prelevati), o indire con avviso pubblico una selezione dei contraenti, ma non escludere, in via assoluta e generalizzata la categoria degli infermieri libero professionisti dagli accordi di collaborazione.

5. - L'appello, conclusivamente, va accolto e, per l'effetto, va dichiarato ammissibile il ricorso di primo grado e accolto nel merito, con conseguente annullamento della nota della regione Lombardia impugnata.

6. - Le spese di questo grado di giudizio si possono compensare tra le parti, attesa la novità della questione trattata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 8823 del 2015, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dichiara ammissibile e accoglie il ricorso introduttivo di primo grado, annullando l'atto impugnato.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/06/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)