

Pubblicato il 08/06/2018

N. 03467/2018REG.PROV.COLL.

N. 08091/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 8091 del 2017, proposto da Dp 47 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Silvia Stefanelli, Mario Sanino e Carlo Celani, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Mario Sanino in Roma, viale Parioli, n. 180 e con PEC all'indirizzo s.stefanelli@ordineavvocatibopec.it;

contro

Comune di Sarzana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avvocati Francesco Massa e Fabio Cozzani, con domicilio fisico eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13 e con PEC francesco.massa2@ordineavvgenova.it ;

nei confronti

Ordine dei Medici e degli Odontoiatri di La Spezia e Commissione Albo Odontoiatri dell' Ordine dei Medici e degli Odontoiatri di La Spezia, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocato Mattia

Crucioli, con domicilio fisico presso la Segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13 e per PEC l'indirizzo mattia.crucioli@ordineavvgenova.it;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:
Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Luigi Mannucci, con domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, largo Trionfale 7 e con PEC all'indirizzo luigimannucci@ordineavvocatiroma.org;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 802/2017, resa tra le parti, concernente l'annullamento, previa sospensione

- dell'ordinanza n. 192 del 14 luglio 2017 avente ad oggetto “sospensione dell'autorizzazione per l'esercizio di attività ambulatoriale di assistenza specialistica centro odontoiatrico sito in Sarzana Via Variante Aurelia 40 all'interno Centro Commerciale Centro Luna” notificata a mani in data 27 luglio 2017;
- del parere 31 maggio 2017 della Commissione Albo Odontoiatri dell'Ordine dei Medici di La Spezia non cognito alla ricorrente e citato dal Comune di Sarzana quale presupposto dell'adozione del provvedimento sanzionatorio impugnato;
- nonché di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso o conseguente, anche non cognito se e per quanto occorrer possa;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sarzana, dell'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri di La Spezia e della Commissione Albo Odontoiatri del predetto Ordine;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2018 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Carlo Celani, Mario Sanino, Fabio Cozzani, Luigi Mannucci e Mattia Crucioi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in appello sopra specificato, la DP 47 S.r.l. chiede la riforma della sentenza di primo grado, con la quale il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria ha respinto il ricorso proposto avverso l'ordine di sospensione dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività ambulatoriale – adottato a seguito di un esposto della Commissione dell'Albo Odontoiatri – per la mancata indicazione del Direttore Sanitario sul materiale pubblicitario.

Espone l'appellante che il provvedimento era stato illegittimamente assunto in applicazione degli artt. 4 e 5, l. n. 175 del 1992, che risulterebbero ormai abrogati in seguito all'entrata in vigore della nuova normativa in materia di “liberalizzazione” della pubblicità delle attività sanitarie e mediche e della nuova disciplina della pubblicità dei servizi professionali e che, in ogni caso, sarebbe viziato per difetto di istruttoria, avendo il comune aderito quasi automaticamente ai fatti segnalati ed alle valutazioni effettuate dall'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri di La Spezia (OMCeO).

Il Tribunale di prime cure, nel ricostruire il quadro ordinamentale di riferimento, concludeva col ritenere che *“l'effetto abrogativo della disciplina successiva alla l. n. 175 del 1992 dovesse ritenersi circoscritto alle sole disposizioni concernenti il divieto di svolgimento di pubblicità informativa dei servizi professionali ovvero alle norme che si pongano in contrasto con i principi di libertà, trasparenza e veridicità della pubblicità, nonché di non equivocità e correttezza delle informazioni veicolate”*.

Nella vicenda in esame, stante il carattere speciale della disposizione, opererebbe il principio *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.

A fronte di tale ricostruzione, la DP 47 spiega appello, deducendo i seguenti motivi:

I – contraddittoria ricostruzione del quadro normativo, violazione dell'art. 15 delle preleggi e dei principi immanenti all'applicazione delle sanzioni amministrative, poiché la legge Bersani, l. n. 248 del 2006 avrebbe inteso, invece, abrogare il divieto di svolgere pubblicità, disponendo l'obbligo di adeguamento di tutti i codici deontologici professionali, sottraendo la materia al preesistente regime autorizzatorio; di tal che l'indicazione del nominativo del direttore sanitario sarebbe valutabile in termini di correttezza del messaggio; sarebbe l'autorizzazione all'esercizio dell'ambulatorio a garantire il paziente dell'esistenza di tutti i presupposti conformità; in tale senso, ovvero dell'abrogazione generale della preventiva autorizzazione da parte della l. n. 248 del 2006, deporrebbe – a suo dire - anche la sentenza della Suprema Corte, Sez. III, 30 novembre 2006, n. 25494;

II – mancato accertamento giudiziale dei denunciati vizi istruttori e motivazionali del provvedimento comunale, avendo omissa sia l'Amministrazione sia il giudice di prime cure di valutare l'effettiva portata pubblicitaria del cartellone segnalato; infatti, l'unico reperto esterno valutato come pubblicità sarebbe un cartellone posto all'ingresso della struttura contenente la pubblicità effettuata non direttamente dalla ricorrente ma da DP Group S.r.l., titolare del marchio Dental Pro, network cui aderisce l'istante (tra circa altri 100 ambulatori); inoltre, ed in ogni modo, nel cartellone era precisato che i direttori sanitari sarebbero stati visionabili su www.dentalpro.it.

Si è costituito per resistere il Comune di Sarzana, ribadendo la legittimità dell'operato e condividendo le conclusioni del primo giudice.

Si è, altresì, costituito l'Ordine dei Medici, evidenziando che le strutture ambulatoriali – come quella per cui è causa – si differenziano dagli studi dentistici,

prevalendo la natura imprenditoriale; di conseguenza, rilievo particolare assume la figura del direttore sanitario, come prescritto dall'art. 1, comma 153, l. n. 189 del 2017 ed altresì, evidenziando – secondo la sua prospettazione –l'irrilevanza dell'evocata sentenza della Corte di Cassazione, che atterrebbe ad altri profili. L'illecito previsto dal co. 5 dell'art. 5, l. n. 175 del 1992 prescinderebbe dall'essere venuto meno il regime autorizzatorio.

Quanto al secondo motivo di appello controdeduce la novità delle censure relative all'apposizione del cartellone pubblicitario da soggetto diverso dall'interessata ed alla presenza del richiamo al sito *on line*. Ancora ribadisce la completezza della motivazione e l'approfondimento istruttorio attraverso la considerazione anche delle osservazioni della DP 47.

E' intervenuta la Federazione nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, ribadendo la rilevanza del ruolo del direttore sanitario e la finalità dell'art. 4 della l. n. 175 del 1992 come tesa alla tutela della collettività e dell'utente e non alla concorrenza. Evidenzia che la Commissione per gli iscritti all'Albo degli Odontoiatri ha più volte affermato di non ritenere abrogato l'art. 4, l. n.175 del 1992 per effetto della l. n. 248 del 2006, poiché contenente una norma di carattere generale sul pubblico affidamento.

Con ordinanza n. 5652 del 2017 la Sezione accoglieva l'istanza di sospensione dell'esecutorietà della sentenza gravata.

Le difese della Federazione sono state ribadite con memorie per l'udienza di discussione.

Con ulteriore memoria, evidenzia l'appellante che il procedimento sia stato condotto sulla base di un reportage fotografico riportato dalla presidenza CAO dell'Ordine dei Medici di La Spezia al Comune di Sarzana, da imprecisata persona ed in data imprecisata.

All'udienza fissata per il merito la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I – La controversia in esame attiene alla legittimità della sanzione della sospensione dell'attività svolta dall'appellante, come conseguenza della violazione del disposto attinente alla pubblicità degli esercizi professionali, in particolare con riferimento alla mancata segnalazione del nominativo del direttore sanitario della struttura.

In questo caso, prima della ricostruzione in fatto – poiché la parte appellante contesta l'attendibilità della segnalazione assunta a fondamento del provvedimento comunale e della ammissibilità di siffatte censure nell'ambito della presente fase processuale - per ordine logico ed al fine di valutare il primo motivo di appello, appare necessaria una ricostruzione del quadro ordinamentale di riferimento.

II – Al riguardo, con un primo gruppo di censure, l'appellante sostiene l'avvenuta abrogazione (implicita) della l. n. 175 del 1992, a seguito della liberalizzazione della pubblicità delle professioni; di contro, l'Amministrazione e gli intervenienti affermano la sopravvivenza degli artt. 4 e 5 della legge.

La l. n. 175 del 5 febbraio 1992 , modificata dalla l. n. 41 del 1999 e dalla l. n. 112 del 2004, reca le *“Norme in materia di pubblicità sanitaria e di repressione dell'esercizio abusivo delle professioni sanitarie”*, disponendo, all'art. 1, che *“La pubblicità concernente l'esercizio delle professioni sanitarie e delle professioni sanitarie ausiliarie previste e regolamentate dalle leggi vigenti è consentita soltanto mediante targhe apposte sull'edificio in cui si svolge l'attività professionale, nonché mediante inserzioni sugli elenchi telefonici, sugli elenchi generali di categoria e attraverso periodici destinati esclusivamente agli esercenti le professioni sanitarie e attraverso giornali quotidiani e periodici di informazione e le emittenti radiotelevisive locali”*. A tal fine era necessaria *“l'autorizzazione del sindaco...previo nulla osta dell'ordine o collegio professionale presso il quale è iscritto il richiedente”* (art. 2) e *“Gli ordini e i collegi professionali, ove costituiti, hanno facoltà di promuovere ispezioni presso gli studi professionali degli iscritti ai rispettivi albi provinciali”* (art. 8).

In tale contesto, poi, l'art. 4, co. 2, dispone che *“È in ogni caso obbligatoria l'indicazione di nome, cognome e titoli professionali del medico responsabile della direzione sanitaria”* e l'art. 5, co. 5, espressamente prevede che *“Qualora l'annuncio pubblicitario contenga indicazioni false sulle attività o prestazioni che la struttura è abilitata a svolgere o non contenga l'indicazione del direttore sanitario, l'autorizzazione amministrativa all'esercizio dell'attività sanitaria è sospesa per un periodo da sei mesi ad un anno”*.

L'art. 2 lett. b) del d.l. 2006, n. 223, convertito in legge con modificazioni dall'art. 1, della l. 4 agosto 2006, n. 248 - rubricato *“Disposizioni urgenti per la tutela della concorrenza nel settore dei servizi professionali”* - in conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, ha abrogato, dalla data della sua entrata in vigore, le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono, con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali, *“il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'Ordine”*.

L'art. 2, co. 3, conseguentemente, ha imposto l'adeguamento alla nuova disciplina, entro il 1° gennaio 2007, delle disposizioni deontologiche e pattizie e dei codici di autodisciplina che contengano prescrizioni espressive del divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa, sanzionando il mancato adeguamento con la nullità delle relative disposizioni, mantenendo però un potere di verifica, da parte dell'ordine di riferimento, sul contenuto del messaggio pubblicitario, al fine di valutare il rispetto dei limiti legali consistenti nella trasparenza e nella veridicità del messaggio.

Ai fini dell'indagine ermeneutica qui richiesta, le disposizioni sinora richiamate non possono che essere lette unitamente alla relazione illustrativa al d.l. n. 223 del 2006 (c.d. "*decreto Bersani*").

Infatti, nella stessa si esplicita che, "con la comunicazione n. 2004/83 «Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali»", "la Commissione europea ha formalmente richiesto ai governi nazionali, alle autorità di concorrenza, agli ordini professionali e ai tribunali nazionali di intervenire per eliminare quelle restrizioni che impediscono al sistema economico e agli utenti in particolare di beneficiare dei vantaggi della concorrenza. La Commissione ha sostanzialmente chiesto di valutare quali regole esistenti (a livello sia di norme di legge che di codici di autoregolamentazione adottati dagli organismi professionali) siano ancora oggi necessarie per l'interesse generale e quali siano proporzionate e giustificate. La comunicazione ha assunto una valenza generale di politica comunitaria rivolta a tutto il settore dei servizi professionali". Ed ancora si precisa che: "Nella comunicazione sono state descritte le numerose fattispecie di restrizioni, molte delle quali non sono ritenute giustificate dal perseguimento di un interesse generale, che costituiscono un potenziale disincentivo alla ricerca del miglior rapporto qualità-prezzi da parte dei professionisti e alla libera scelta da parte dei consumatori. Le limitazioni individuate fanno riferimento alla fissazione di prezzi minimi per le prestazioni professionali, al divieto di pubblicizzare i servizi offerti, ai parametri numerici per l'accesso alla professione, al divieto di svolgere pratiche multidisciplinari, come quello di istituire una società tra professionisti o di esercitare la professione nella forma societaria. (...) Il secondo divieto, che viene rimosso, alla lettera b), è quello di pubblicizzare i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto ed il prezzo delle prestazioni. Il fine specifico di tale intervento è di favorire la trasparenza del mercato e la conoscibilità delle diverse alternative da parte degli utenti".

L'intervento del legislatore appare, dunque, diretto espressamente alla rimozione dei divieti di pubblicità per professioni e non - per come inteso - dall'appellante - alla rimozione di ogni proceduralizzazione e controllo nell'esercizio della pubblicità. In particolare, il legislatore si preoccupa di prevedere la 'nullità' delle disposizioni di divieto eventualmente non adeguate ed inserite nei codici deontologici dirette.

In tale contesto deve essere anche intesa la sentenza della Corte di Cassazione citata dalle parti, che in realtà si pronuncia sulla successione temporale delle norme e sull'ampiezza del potere disciplinare, diversamente da come vorrebbe l'appellante.

Ciò che si desume dalla lettura coordinata delle disposizioni è che all'ordine professionale residua un potere di verifica della veridicità del contenuto della pubblicità, al fine di effettuare eventuali segnalazioni agli organi competenti, senza che sia ipotizzabile un potere di inibizione della pubblicità dell'esercizio professionale svolto in forma singola o societaria.

Tale risultato interpretativo, svolto sul dato letterale ed in via sistematica, risulta confermato anche dall'esegesi della volontà del legislatore, tesa per l'appunto a ampliare la possibilità per l'utenza di conoscere e comparare. Di tal che si paleserebbe contraddittoria con l'intenzione manifestata un'interpretazione che invece portasse ad una riduzione della trasparenza delle informazioni in danno dell'utenza, in un settore, peraltro, viepiù sensibile quale quello sanitario.

III – Ne consegue che non può essere condivisa la tesi dell'appellante, che vorrebbe liberalizzata l'attività pubblicitaria svolta dagli esercenti attività libero professionali sanitarie ed integralmente, la l. n. 175 del 1992.

La norma del d.l. n. 223 del 2006 fa salvo il controllo da parte dell'Ordine del rispetto dei criteri "di trasparenza e veridicità del messaggio", con la conseguenza che non viene eliminato né il potere di segnalazione da parte dell'ordine professionale all'autorità competente, né il potere di sospensione dell'autorizzazione da parte dell'amministrazione.

Resta ferma, poi, la previsione di cui all'art. 4, comma 2, secondo cui *“È in ogni caso obbligatoria l'indicazione di nome, cognome e titoli professionali del medico responsabile della direzione sanitaria”*. Tale disposizione, infatti, non contrasta affatto con i principi di liberalizzazione introdotti dalla normativa del 2006, ma intende definire alcuni contenuti minimi del messaggio pubblicitario, finalizzati a tutelare gli utenti finali e la trasparenza del mercato, in un settore, come quello delle prestazioni professionali, caratterizzato dal persistente rilievo dei soggetti posti al vertice dell'organizzazione che offre i servizi sanitari.

Questa prescrizione non impedisce ai soggetti interessati di promuovere la propria attività economica e professionale mediante moderni strumenti pubblicitari, purché rispettosi di questa semplice garanzia di trasparenza e conoscibilità della struttura.

IV - Rispetto al secondo motivo di appello è fondata l'eccezione di inammissibilità formulata dall'Ordine professionale, poiché con esso l'appellante introduce nel giudizio di appello censure nuove non formulate in primo grado in violazione dell'art. 104 c.p.a.

V – Rispetto alle doglianze formulate in primo grado, attinenti alla asserita mancanza di approfondimento del dettato normativo e di lesione della partecipazione dell'interessata, il giudice di prime cure aveva – sia pur sinteticamente – dato compiuta risposta, rilevando l'adeguatezza della motivazione e la ragionevolezza del provvedimento.

Tali conclusioni debbono essere condivise, poiché il provvedimento gravato in prime cure dà pienamente atto dell'istruttoria svolta e della considerazione anche delle osservazioni rivolte dallo studio legale in rappresentanza della Società DP 47 S.r.l.

In ogni caso, per completezza, si deve precisare che all'Ordine professionale, nella specie, spettava la segnalazione, per le considerazioni già sopra svolte.

Le deduzioni di parte appellante, peraltro, non sono idonee a smentire la congruità dell'istruttoria svolta dall'Amministrazione, che dà conto nel provvedimento anche dell'analisi dell'evoluzione ordinamentale.

Né, tanto meno, possono trovare condivisione le censure tese ad affermare la legittimità di modalità pubblicitarie che – in concreto – comportino una diminuzione della comprensione del messaggio da parte dei consumatori/pazienti, vanificando in sostanza la rilevanza dell'indicazione del direttore sanitario quale responsabile dell'organizzazione tecnico-sanitaria e la riferibilità dello stesso alla struttura pubblicizzata.

VI – Per tutto quanto sin qui considerato, l'appello deve essere respinto, con la conseguente conferma della sentenza n. 802 del 2017.

In ragione della particolarità dell'oggetto della controversia, sussistono giusti motivi per compensare le spese del secondo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza n. 802 del 2017 appellata.

Spese del secondo grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO