

Publicato il 04/07/2018

N. 04102/2018 REG.PROV.COLL.
N. 07078/2016 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 7078 del 2016, proposto da

Alessandro Annunziata, Alessia Biella, rappresentati e difesi dall'avvocato Claudio Colombo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giulia Greco in Roma, via F. Cesi 21;

contro

Comune di Bernareggio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Pintucci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Bernardo Scavo in Roma, via Scirè, n. 6;

nei confronti

Barbara Ferraro, rappresentata e difesa dall'avvocato Giambattista Pini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Walter Fini in Roma, via Buccari n. 3;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) n. 01048/2016, resa tra le parti, concernente aggiudicazione della titolarità di farmacia comunale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bernareggio e di Barbara Ferraro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2018 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati Francesco Pintucci e Giambattista Pini;

A – I fatti di causa.

1. Con bando del 31 gennaio 2014, il Comune di Bernareggio ha indetto un'asta pubblica, regolamentata ai sensi del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, per la vendita della farmacia comunale n. 2, sita in località Villanova, via S. Bartolomeo 1.

2. L'operazione ha previsto:

- la cessione da parte del Comune di Bernareggio della licenza della farmacia a fronte del pagamento del maggior prezzo (comprensivo dell'avviamento) aggiudicato in sede di gara a partire dalla base d'asta fissata in € 580.000,00;

- la cessione dei mobili, degli arredi, delle attrezzature e delle merci esistenti all'interno della farmacia, dietro pagamento di un prezzo predefinito (art. 2);

- la cessione delle giacenze di magazzino, ad un prezzo anch'esso predefinito (art. 5);

- la concessione in locazione dei locali attualmente in uso della farmacia e di proprietà dello stesso Comune, alle condizioni precisate all'art. 3 e nell'allegato "E";

3. L'art. 9 del bando di gara, facendo applicazione dell'art. 12 L. 362/1991, ha inoltre disciplinato il diritto di prelazione, prevedendo che *“il trasferimento della titolarità della farmacia all'aggiudicatario provvisorio sarà subordinato al mancato esercizio del diritto di prelazione da parte dell'Azienda Speciale Farmacie Vimercatesi e dei farmacisti a tempo indeterminato dell'Azienda stessa in possesso dei requisiti di legge”*.

4. L'offerta dei sigg.ri Annunziata e Biella (titolari di farmacia in Merate) è risultata quella economicamente più vantaggiosa, sicché gli stessi offerenti sono divenuti aggiudicatari provvisori, come da verbale di gara in data 11 marzo 2014.

5. All'esito della procedura è tuttavia prevalsa la dr.ssa Ferraro, dipendente dell'Azienda Speciale Vimercatese, la quale, pur non partecipando alla gara, con nota del 27 marzo 2014 ha esercitato il diritto di prelazione di cui all'art. 9 del bando, versando contestualmente il deposito cauzionale richiesto (€ 11.600,00) e così conseguendo dapprima l'aggiudicazione provvisoria della farmacia, con determinazione n. 27 del 28 marzo 2014; quindi, a seguito

della verifica dei requisiti autocertificati, l'aggiudicazione definitiva, con determinazione n. 31 del 12 maggio 2014.

6. Quest'ultima determinazione è stata impugnata innanzi al Tar Lombardia – Milano (ricorso R.G. 1873/2014) dai sigg.ri Annunziata e Biella sulla base dei seguenti motivi:

I) *Violazione e falsa applicazione del bando di gara e dell'art. 30 d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per carenza di motivazione, contraddittorietà, sviamento.*

I ricorrenti hanno dedotto che, in base al tenore letterale dell'art. 9 del bando - nella parte in cui richiama l'importo e le modalità definite dall'art. 8 - la dr.ssa Ferraro, onde esercitare correttamente la prelazione, avrebbe dovuto presentare la cauzione entro le ore 12.00 del giorno 10 marzo 2014, ovvero entro il termine di presentazione delle offerte, sicché il deposito effettuato il giorno 27 marzo 2014 risulterebbe tardivo. Tale assunto è stato argomentato, oltre che sulla base del tenore testuale delle disposizioni del bando innanzi richiamate, anche alla luce del principio generale di derivazione comunitaria che imporrebbe al beneficiario della prelazione di partecipare in ogni caso alla gara, in modo tale che - nel caso in cui vi sia regolarmente ammesso e, tuttavia, risulti soccombente - egli possa esercitare il suo diritto potestativo adeguando la propria offerta a quella risultata migliore.

II) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 d.lgs. n. 163/2006.*

Hanno osservato i ricorrenti che la dr.ssa Ferraro aveva l'onere di partecipare alla gara, presentando un'offerta valida e adeguandola successivamente a quella risultata migliore, anche alla stregua dell'art. 30 d.lgs. 163/2006 - applicabile nella materia della concessione di servizi pubblici, nella quale confluisce la fattispecie qui in esame - posto che detto art. 30 impone a chi voglia aggiudicarsi un servizio messo a gara di prendere parte al confronto concorrenziale.

III) *Contrasto dell'art. 12 della L. 9 novembre 1991, n. 362 con l'ordinamento comunitario.*

I ricorrenti hanno lamentato, infine, che la prelazione prevista dall'articolo 12 della legge 362 del 1991, in favore dei dipendenti dell'esercizio farmaceutico comunale, è lesiva dei principi di libera concorrenza e di parità di trattamento, come sanciti dal diritto comunitario.

Essa non si giustifica né in favore di aziende speciali (come l'Azienda Speciale Farmacie Vimercatesi), visto che, essendo queste delle *longae manus* dell'amministrazione comunale, la scelta del modulo di gestione diretto risulta incompatibile con quella del modulo indiretto mediante procedura di gara; né in favore dei dipendenti del presidio comunale, visto che, nel caso di privatizzazione del servizio, gli interessi dei lavoratori subordinati sono salvaguardati dalla normativa civilistica (2112 c.c.), anch'essa di derivazione comunitaria (Direttiva 2001/23/CEE), volta a garantire la conservazione del rapporto di lavoro dei dipendenti dell'azienda oggetto di trasferimento.

Si fa infine rilevare che l'attribuzione di una prelazione legale integra un *vulnus* alle regole concorrenziali, in quanto comporta un vantaggio notevole per il beneficiario, in grado di farlo primeggiare su chi abbia presentato la migliore offerta e di vanificare, pertanto, il principio di parità di trattamento tra concorrenti e l'essenza stessa del confronto concorrenziale.

7. Il Tar adito, dopo aver riscontrato la sussistenza della propria giurisdizione e la tempestività del ricorso, ha ritenuto infondate nel merito le censure dedotte, respingendole integralmente e condannando i ricorrenti alla refusione delle spese.

8. Questi ultimi hanno quindi spiegato appello, sottoponendo a rilievi critici le argomentazioni addotte dal primo giudice e reiterando i motivi di doglianza già dedotti in primo grado.

9. Questo Consiglio di Stato, con sentenza parziale n. 4053 del 3 luglio 2018, ha esaminato e respinto i primi due motivi di appello e, in particolare:

- in relazione al primo motivo, ha disatteso la tesi avanzata dalla parte appellante, intesa a interpretare il bando di gara (e in particolare le disposizioni di cui agli artt. 7, 8 e 9) nel senso che il beneficiario della prelazione legale avrebbe l'onere di partecipare all'asta presentando un'offerta valida, sicché solo all'esito di tale partecipazione egli avrebbe la facoltà di avvalersi del suo diritto di prelazione, adeguando la propria offerta a quella risultata migliore;

- in relazione al secondo motivo, riqualificata la fattispecie come cessione di azienda comunale soggetta alle regole dell'evidenza pubblica, questo Consiglio di Stato ha respinto le argomentazioni della parte appellante intese a sostenere, questa volta sul piano dei

principi generali in materia di gare (art. 30 d.lgs. 163/2006), e non già alla stregua delle regole del bando, che la posizione del prelezionario legale non può che coincidere con quella del soggetto concorrente in gara;

- in relazione al terzo motivo, infine, la Sezione si è interrogata sul profilo di compatibilità del diritto nazionale, e in particolare dell'art. 12 della legge 362/1991, con i principi del diritto dell'Unione e, per l'effetto, ha contestualmente disposto che, con separata ordinanza (la presente), sarebbe stata rinviata la questione di interpretazione alla CGUE.

B - Le disposizioni giuridiche pertinenti a livello nazionale ed eurocomunitario.

B.1 - Il diritto nazionale.

Prima di indicare la questione pregiudiziale rimessa al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea, occorre riportare lo stralcio delle disposizioni nazionali pertinenti (il testo integrale delle medesime norme sarà inviato con gli allegati alla presente ordinanza).

a) Legge 2 aprile 1968, n. 475 (Norme concernenti il servizio farmaceutico - Pubblicata nella Gazz. Uff. 27 aprile 1968, n. 107):

- art. 9: *«La titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica può essere assunta per la metà dal comune. Le farmacie di cui sono titolari i comuni possono essere gestite, ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142, nelle seguenti forme...»;*

- art. 12: *«1.E' consentito il trasferimento della titolarità della farmacia decorsi 3 anni dalla conseguita titolarità. 2. Il trasferimento può aver luogo solo a favore di farmacista che abbia conseguito la titolarità o che sia risultato idoneo in un precedente concorso.»;*

- art. 12 comma 11: *«Il trasferimento della titolarità delle farmacie, a tutti gli effetti di legge, non è ritenuto valido se insieme col diritto di esercizio della farmacia non venga trasferita anche l'azienda commerciale che vi è connessa, pena la decadenza».*

b) Legge 8 novembre 1991, n. 362 (Norme di riordino del settore farmaceutico - Pubblicata nella Gazz. Uff. 16 novembre 1991, n. 269):

- art. 4, rubricato *«Procedure concorsuali»*: *«1. Il conferimento delle sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione che risultino disponibili per l'esercizio da parte di privati ha luogo mediante concorso provinciale per titoli ed esami bandito entro il mese di marzo di ogni anno dispari dalle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano. 2. Sono ammessi al concorso di cui al comma 1 i cittadini di uno Stato membro della Comunità economica europea maggiori di età, in possesso dei diritti civili e politici*

e iscritti all'albo professionale dei farmacisti, che non abbiano compiuto i sessanta anni di età alla data di scadenza del termine di presentazione delle domande»;

- art. 12 comma 2, rubricato «*Trasferimento della titolarità di farmacie in gestione comunale*»: «*In caso di trasferimento della titolarità della farmacia comunale, i dipendenti hanno diritto di prelazione e ad essi si applicano le norme dell'articolo 7*»;

c) art. 2112 Codice civile (R.D. 16 marzo 1942, n.262): «*In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano. Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Con le procedure di cui agli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro. Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello. Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma. Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento. Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*».

B.2 - Il diritto della Unione.

I principi eurocomunitari implicati nel giudizio di compatibilità sono quelli di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione, derivanti dagli articoli 49 e 56 TFUE e concernenti, in particolare: la libertà di circolazione e di stabilimento (artt. 45 e 49 TFUE); la libertà di prestazione dei servizi (art. 56 TFUE); la parità di trattamento, la trasparenza e il divieto di discriminazione in base alla nazionalità (artt. 49, 56, 106 TFUE).

Ad essi si aggiungono, in quanto pure rilevanti nella materia in esame, le seguenti ulteriori disposizioni:

- art. 52 TFUE: *«1. Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica»;*
- art. 53 TFUE: *«1. Al fine di agevolare l'accesso alle attività autonome e l'esercizio di queste, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono direttive intese al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli e al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste. 2. Per quanto riguarda le professioni mediche, paramediche e farmaceutiche, la graduale soppressione delle restrizioni è subordinata al coordinamento delle condizioni richieste per il loro esercizio nei singoli Stati membri»;*
- art. 168, comma 7, TFUE: *«L'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica».*

Pertinenti al caso appaiono anche le seguenti previsioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea:

Articolo 15 (Libertà professionale e diritto di lavorare): *«1. Ogni individuo ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata. 2. Ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro. 3. I cittadini dei paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione».*

Articolo 16 (Libertà d'impresa): *«E' riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».*

C - Le deduzioni della parte appellante.

1. Nel motivare la richiesta di rimessione della questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE, la parte appellante ha preso le mosse dal presupposto che la cessione a privati di una farmacia è soggetta, nel sistema nazionale, al metodo dell'evidenza pubblica e, quindi, ai principi concorrenziali previsti dall'ordinamento comunitario, tra i quali rientra quello di parità di trattamento, più volte affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza sezione III 12 settembre 2013 n. 6601).

2. Sulla base di tale premessa la parte appellante ha ulteriormente osservato che:

- in base alla giurisprudenza del giudice comunitario, il principio generale della parità di trattamento, facente parte dei principi fondamentali del diritto dell'Unione, *“impone che situazioni comparabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato”* (v. Corte giustizia UE, sez. II, 11 febbraio 2015, n. 340 nonché Corte giustizia UE, sez. II, 17 settembre 2014, n. 441, punto 47);
- l'attribuzione della prelazione ad uno dei potenziali concorrenti costituisce una deviazione molto profonda dai principi di imparzialità e di parità di trattamento, in quanto consente, a chi ne beneficia, di superare i concorrenti in gara, facendo propria l'offerta che sia risultata migliore all'esito del confronto competitivo, e di esercitare, in tal modo, un incondizionato diritto potestativo alla conclusione del contratto;
- tale prerogativa non è giustificata da alcuna ragione di pubblico interesse che possa reputarsi preminente rispetto ai principi di imparzialità e di parità di trattamento;
- con riguardo alle regole della concorrenza, la prelazione agisce negativamente sul loro funzionamento e sul contenuto del contratto definitivo, perché intralcia il confronto competitivo (così come la trattativa negoziale) funzionale alla stipula del contratto, e ciò quantomeno in tutti quei casi in cui l'alienante decida di offrire il bene non ad un prezzo fisso, ma al maggior prezzo: in tale contesto, l'effetto virtuoso della gara risulta fiaccato dal solo fatto che uno dei concorrenti possa escludere dalla trattativa il suo rivale senza proporre un aumento del prezzo, potendo in tal modo essere vanificato e, quindi, disincentivato, l'impegno profuso dall'aspirante-acquirente in una trattativa i cui esiti rischiano di essere neutralizzati da un terzo;

- nel ricercare una plausibile giustificazione dell'art. 12 comma 2, gli appellanti osservano che se lo scopo della norma fosse quello di garantire la conservazione dell'esperienza acquisita dal dipendente nell'erogazione del servizio, esso potrebbe essere raggiunto con altri mezzi (ad esempio prevedendo un apposito punteggio premiale legato all'esperienza pregressa nella stessa attività), senza sacrificare in modo così consistente la concorrenza e il rispetto del principio di imparzialità;
- l'attribuzione della prelazione ai dipendenti della farmacia comunale appare del tutto priva di ogni razionale giustificazione anche se intesa sotto la prospettiva della tutela della loro condizione lavorativa, visto che nel caso di vendita della farmacia comunale trova applicazione – esattamente come per la cessione di qualsiasi altro compendio aziendale – l'art. 2112 del codice civile, il quale prevede la continuazione del rapporto di lavoro e la conservazione di tutti i diritti in capo al lavoratore;
- peraltro, sempre ai sensi dell'art. 2112 codice civile, il trasferimento a terzi dell'azienda non costituisce, in quanto tale, un giustificato motivo di licenziamento, mentre al lavoratore è garantita la possibilità di recedere liberamente dal contratto.

3. A parere della parte appellante, infine, sussiste un interesse transfrontaliero, presupposto per sollevare la questione di compatibilità con l'ordinamento comunitario (Corte giustizia UE sez. V, 14 luglio 2016, n. 458), visto il valore del complesso aziendale messo a gara (Euro 580.000 elevati ad Euro 600.000,00 in seguito all'offerta dei deducenti) e la pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale.

D – Le considerazioni del Consiglio di Stato.

1. Questo Consiglio di Stato condivide i rilievi sollevati dalla parte appellante, ad integrazione dei quali svolge le seguenti ulteriori considerazioni.
 2. Come noto, l'esercizio dell'attività di assistenza farmaceutica rappresenta un cardine della “*materia*” del diritto alla salute, garantito e assicurato, nel nostro ordinamento, dallo Stato e dalle Regioni, che si avvalgono delle proprie strutture sanitarie locali.
- La coesistenza, nella materia in esame, di interessi di matrice pubblicistica e di natura commerciale, spiega perché gli esercizi farmaceutici siano retti da un ordinamento peculiare, nel quale coesistono tratti di libera impresa e tratti di servizio pubblico regolamentato; e perché nelle farmacie, pubbliche e private, sia rinvenibile una “doppia

vocazione” dell’attività svolta, identificabile nell’esplicazione della iniziativa economica individuale (art. 41 Cost.) e nell’espletamento di un pubblico servizio.

3. La qualificazione in termini di “servizio pubblico” assicura la fruibilità e l’accessibilità ad esso da parte di tutti i cittadini, mediante l’insediamento uniforme dei presidi farmaceutici su tutto il territorio; d’altro canto, il profilo economico-imprenditoriale spinge all’adozione di misure di stampo liberista, pur sempre nel rispetto delle garanzie sottese al carattere universale del servizio alla cittadinanza.

4. La dinamica tra esigenze del libero mercato e tutela dell’accesso universale ai servizi, non va letta in chiave necessariamente conflittuale, stanti i benefici che un regime concorrenziale può arrecare in capo al cittadino-utente in termini di maggiore efficienza e minor costo del servizio.

5. Anche la Corte Costituzionale ha avuto modo di evidenziare come la professione di farmacista debba a pieno titolo essere considerata un’attività imprenditoriale finalizzata, al tempo stesso, all’erogazione ai cittadini di un servizio di fondamentale rilevanza (Corte. Cost. 10 marzo 2006 n. 87).

6. Tale impostazione è stata ripresa anche da importanti decisioni della Corte di Giustizia con le quali, una volta ribadito il carattere di funzionalità del servizio farmaceutico rispetto alla tutela del bene “*salute*”, si è affermata la natura economica della funzione del farmacista svolta dietro retribuzione e, per questo motivo, assoggettabile alle disposizioni europee in materia (v. Corte di giustizia U.E., grande sezione, 19 marzo 2009, n. 171).

7. Nell’ordinamento italiano, le farmacie - in base alle disposizioni innanzi richiamate - possono rientrare nella titolarità del Comune o di privati farmacisti. La disciplina del rapporto tra Servizio Sanitario Nazionale e farmacie, pubbliche e private, è rimessa a convenzioni di durata triennale, conformemente ad accordi nazionali.

Il conferimento delle sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione ha luogo mediante concorso e il Comune ha la facoltà di riservarsene la quota del 50%, ai sensi dell’art. 9 L. 475/1968.

8. La regola concorsuale connota la materia nel suo complesso e trova applicazione, oltre che nella fase di assegnazione delle sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione, anche nelle ipotesi della cessione (o vendita) della titolarità del compendio aziendale

costituito dalla farmacia comunale (Cons. Stato, sez. IV, 1° febbraio 2001, n. 399) e dell'affidamento in concessione della sola gestione della farmacia comunale, la cui titolarità permanga in capo al Comune (Cons. Stato, sez. III, 13 novembre 2014, n. 5587).

9. La regola concorrenziale, rispondente alla vocazione imprenditoriale dell'attività farmaceutica, può subire temperamenti giustificati da prevalenti esigenze di tutela dell'interesse pubblico.

10. La giurisprudenza della Corte di Giustizia - proprio affrontando la tematica della difficile individuazione di un punto di equilibrio e di bilanciamento tra l'elemento professionale/sanitario e quello economico/imprenditoriale, entrambi implicati nel servizio farmaceutico - ha affermato come la sussistenza di "esigenze imperative di interesse generale" possa giustificare alcune restrizioni alla libera prestazione di servizi, evidenziando, al tempo stesso, la contrarietà ai principi europei di quelle misure, poste in essere dagli Stati membri allo scopo apparente di perseguire finalità di interesse generale, ma nello specifico indirizzate verso la protezione di interessi economici di categoria (cfr. Corte di giustizia U.E., sez. V, 14 dicembre 2002, n. 309; sez. I, 29 novembre 2007, n. 393; grande sezione, 19 maggio 2009, n. 531; sez. II, 24 marzo 2011, n. 400; sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 72 e 77).

11. Occorre quindi chiedersi come possa operare nel contesto sin qui descritto l'istituto della prelazione legale.

12. Con esso si intende il diritto, acquisito in virtù della legge o di un atto di autonomia privata, ad essere preferito ad altri, a parità di condizioni da questi offerte, nella conclusione di un determinato contratto o, più specificamente, nella trasmissione del diritto di proprietà di una cosa determinata.

13. La prelazione legale risponde - nell'ordinamento nazionale italiano - ad una logica di tutela preferenziale dell'interesse pubblico sulle istanze di libertà e di autonomia negoziale. Il meccanismo della prelazione conferisce, infatti, un diritto preferenziale alla stipula del contratto a determinate categorie di soggetti, e per tale via, in coincidenza con l'interesse privato del prelazionario, essa realizza il perseguimento di interessi di portata più generale. Dunque, in tutte le prelazioni legali previste nell'ordinamento è comunque tutelato, sia pure mediatamente, l'interesse dell'intera collettività, in quanto, anche laddove la singola

ipotesi di prelazione legale appare giustificata dall'attenzione del legislatore a una determinata categoria di soggetti, e quindi dall'interesse di un gruppo ristretto, la concreta scelta di politica legislativa risulta sempre riconducibile al fine ultimo di attuare un'equilibrata organizzazione dell'intera comunità sociale e, quindi, di tutelare l'interesse generale a una convivenza pacifica e produttiva.

14. Nel caso della cessione di farmacia comunale (art. 12 L. 362/1991), la preferenza accordata al dipendente mette in moto interessi che la giurisprudenza ha ritenuto essere riconducibili ad una esigenza di migliore gestione dell'esercizio farmaceutico (Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5329): sottesa alla previsione normativa vi sarebbe la presunzione che il farmacista già dipendente del presidio ceduto offra una garanzia di continuità e di proficua valorizzazione della esperienza già accumulata nella gestione del presidio.

15. Il Consiglio di Stato, tuttavia, dubita che un siffatto diritto di prelazione sia giustificato dalla sussistenza di un interesse pubblico prevalente realmente apprezzabile.

15.1. Quanto alla posizione dei dipendenti della farmacia e alla continuità lavorativa che si intende loro garantire presso la medesima azienda, si è già visto trattarsi di obiettivi efficacemente salvaguardati dall'art. 2112 codice civile (anch'esso di derivazione comunitaria - Direttiva 2001/23/CEE), sicché sotto questo profilo la prelazione appare costituire uno strumento superfluo o, comunque, esorbitante rispetto alla finalità perseguita.

15.2. Quanto alla valorizzazione dell'esperienza professionale conseguita dai suddetti lavoratori alle dipendenze dell'Ente comunale, la stessa potrebbe essere perseguita con modalità alternative, ad es. attraverso l'attribuzione di punteggi premiali, tali da non deprimere in modo radicale le regole virtuose del confronto concorrenziale.

15.3. In ogni caso, e più al fondo, è lecito dubitare che l'esperienza professionale pregressa alle dipendenze della farmacia comunale sia meritevole di specifica valorizzazione, per le seguenti essenziali ragioni.

- In linea generale, in un contesto professionale altamente qualificato, nel quale il trasferimento della farmacia può aver luogo solo a favore di farmacista iscritto all'albo professionale, che abbia già conseguito l'idoneità alla titolarità o che abbia almeno due

anni di pratica professionale (art. 12 L. 475/1968) - non si rinvencono valide giustificazioni alla valorizzazione di un solo specifico profilo esperienziale: la natura dell'attività, le modalità di conduzione dell'esercizio farmaceutico e gli elementi qualificanti che possono concretizzarne una gestione virtuosa, non sono riconducibili solo ad una certa tipologia di pregressa provenienza ed esperienza professionale o, comunque, ad una di tali esperienze e non ad altre.

- La pregressa dipendenza lavorativa presso la farmacia comunale nulla dice circa la conduzione più o meno positiva del presidio farmaceutico oggetto di cessione e sulla conseguente opportunità di garantirne la continuità.

- Nondimeno, il meccanismo preferenziale conferisce una preferenza incondizionata, che non tiene conto degli effettivi indici di buona conduzione dell'esercizio farmaceutico e che non si preoccupa di valutare se la concreta esperienza pregressa sia realmente meritevole di essere preservata.

- Si consideri, inoltre, che il soggetto beneficiario della prelazione vanta una esperienza di "dipendente" della farmacia, che non coincide con quella del "titolare" della farmacia, sicché la stessa non offre garanzie circa la "conduzione imprenditoriale" dell'azienda, di cui il dipendente non ha mai assunto il più ampio governo e la diretta responsabilità.

- Per tutte le ragioni esposte, la pregressa esperienza alle dipendenze del Comune non può costituire, in quanto tale, un apprezzabile titolo preferenziale.

15.4. La Corte di Giustizia europea ha sì asserito che rientra nella discrezionalità di uno Stato membro l'opzione di rimettere la gestione degli esercizi farmaceutici in favore di soggetti dotati di comprovata qualificazione; e che disposizioni interne, che introducono limitazioni al management degli esercizi farmaceutici, in virtù delle peculiarità del prodotto dispensato, non contrastano con le libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi.

I casi esaminati riguardavano, tuttavia, restrizioni limitative giustificate da esigenze di qualificazione professionale e di garanzia del buon espletamento del servizio (v. Corte di Giustizia UE, grande sez. 10 marzo 2009, n. 169 e 19 maggio 2009, nn. 171 e 171).

Rispetto al caso in esame, suscita perplessità, in relazione ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità, il conferimento di specifica rilevanza alla pregressa esperienza

professionale del dipendente della farmacia comunale, secondo un meccanismo svincolato da accertati criteri di merito ed in una misura, peraltro, così accentuata e pervasiva, quale quella che si realizza attraverso lo strumento della prelazione legale.

16. È dubbio, in conclusione, che l'assetto regolativo definito dall'art. 12 della Legge n. 362/1991, nella parte in cui riconosce il suddetto diritto di prelazione, realizzi una ragionevole conciliazione tra le esigenze del libero mercato, della libera circolazione dei servizi e della tutela del diritto alla salute. Nel labile confine tra legittima garanzia dei fini sociali e politiche protezionistiche, una siffatta normativa sembra piuttosto collocarsi sul crinale di questo secondo versante, in quanto procura un rilevante e ingiustificato vantaggio concorrenziale a determinati cittadini dello Stato membro in questione, ovvero ai cittadini di tale Stato rispetto ai cittadini di altri Stati membri.

17. Al contempo, la disposizione normativa in esame, prevedendo un diritto di preferenza a favore del dipendente della farmacia, rischia di configurare una discriminatoria restrizione alla libertà di stabilimento in danno degli altri aspiranti all'aggiudicazione, appartenenti allo Stesso stato membro o ad altri Stati membri.

18. La Corte di Giustizia UE ha riconosciuto che una diversa e irragionevole valutazione delle esperienze professionali acquisite da cittadini comunitari ai fini della partecipazione a concorsi costituisce violazione del diritto comunitario, in particolare del disposto dell'art. 39 TCE (oggi art. 45 TFUE) (Corte giustizia UE, sez. II, 12 maggio 2005, n. 278).

19. Appare dubbia, pertanto, la ragionevolezza e proporzionalità del sacrificio imposto alla piena esplicazione dei principi di tutela della concorrenza e di parità di trattamento tra operatori economici, oltre che delle libertà dell'attività di impresa e professionale - in un settore che pure che riconosce la concorrenza come criterio di accesso alla titolarità di farmacie e, più in generale, come fattore di potenziale innalzamento qualitativo del servizio reso all'utenza.

20. La proporzionalità della normativa nazionale in tema di prelazione va inoltre rapportata ad un sistema di ingresso contingentato nel mercato professionale dei farmacisti: l'apertura di farmacie sul territorio italiano è infatti oggetto di un regime di pianificazione in forza del quale, da un lato, il numero di farmacie ivi presenti è limitato, in

quanto queste ultime sono ripartite in modo equilibrato, e, dall'altro, l'apertura di una nuova farmacia è subordinata al rilascio di una previa autorizzazione al suo titolare.

La disciplina in esame ostacola l'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato, ponendo barriere alla sua dilatazione tali da alterare la concorrenza e le dinamiche paritarie di accesso alle professioni.

21. Vale poi considerare ancora una volta che l'incremento degli strumenti di natura regolatoria - rinvenibili nel settore farmaceutico sotto le svariate forme del conferimento di diritti in esclusiva o della limitazione della capacità di fornitura di determinati beni o servizi per tipi di imprese - risulta senza dubbio legittimo se preordinato alla tutela ed alla realizzazione della migliore tutela della salute (art. 32 Cost.), ma pur sempre a condizione che gli effetti non vadano oltre quanto necessario al perseguimento del fine imposto (v. Corte di Giustizia UE, grande sez. 10 marzo 2009, n. 169, punto 44, e 19 maggio 2009, nn. 171 e 171, punto 25).

22. Secondo giurisprudenza costante della Corte di Giustizia europea, in sede di valutazione dell'osservanza del principio di proporzionalità nell'ambito della sanità pubblica, ogni Stato membro può decidere il livello al quale intende garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui questo livello deve essere raggiunto; e, poiché tale livello può variare da uno Stato membro all'altro, si deve riconoscere agli Stati membri un margine di discrezionalità (v. Corte Giustizia UE, sez. IV, 11 settembre 2008, n. 141, punto 51).

23. Nondimeno, per tutto quanto sin qui esposto, sussiste il dubbio che la prelazione legale prevista dall'art. 12 comma 2 L. 362/1991 non sia necessaria al raggiungimento dell'obiettivo di garantire un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità e che, comunque, l'effetto lesivo dei principi di parità di trattamento e libera prestazione dei servizi che da essa consegue sia del tutto sproporzionato nel bilanciamento complessivo degli interessi che con tale meccanismo si devono salvaguardare.

24. Infine, la discrezionalità di cui gode lo stato nazionale non può esser esercitata sino al punto da privare del loro effetto utile le disposizioni di diritto dell'Unione, in particolare quelle relative alle libertà fondamentali disciplinate agli artt. da 49 a 56 del TFUE e 15 e 16

della Carta dei diritti fondamento dell'U.E. Le stesse scelte discrezionali devono essere fondate, inoltre, su criteri oggettivi e non discriminatori.

Sotto tutti i profili testé menzionati, emergono ulteriori ragioni di perplessità in merito alla conformità *de iure communitario* della disposizione normativa in esame.

E - La rilevanza della questione con riferimento al caso di specie.

La questione pregiudiziale è decisiva ai fini della risoluzione della controversia.

Ed infatti, ove la previsione nazionale che riconosce al dipendente della farmacia il diritto di prelazione legale dovesse essere ritenuta non conforme al diritto dell'Unione, questo Consiglio dovrebbe accogliere il terzo motivo di appello, annullare il bando di gara e la determina di aggiudicazione, riconoscendo il diritto degli appellanti a vedersi aggiudicata la farmacia.

Un diverso esito della questione pregiudiziale provocherebbe, al contrario, la conferma degli atti di gara e dell'attribuzione della farmacia alla dr. Ferraro, titolare del diritto di prelazione.

F - La rilevanza transfrontaliera della questione.

1. Oltre a quanto osservato dalla parte appellante, la questione in oggetto assume rilevanza transfrontaliera, sia perché tocca diritti fondamentali di cui ogni cittadino comunitario è depositario; sia perché intercetta un ambito professionale comune, nel quale possono concorrere tutti i cittadini dell'Unione Europea muniti dei necessari requisiti e titoli professionali.

2. Si consideri, infatti, che ai sensi dell'art. 4, comma 2, L. 362/1991, «*Sono ammessi al concorso di cui al comma 1 i cittadini di uno Stato membro della Comunità economica europea maggiori di età, in possesso dei diritti civili e politici e iscritti all'albo professionale dei farmacisti, che non abbiano compiuto i sessanta anni di età alla data di scadenza del termine di presentazione delle domande.*»

3. Secondo una giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, se è vero che una normativa nazionale come quella in oggetto, che si applica indistintamente ai cittadini italiani e ai cittadini degli altri Stati membri, deve, di regola, risultare conforme alle disposizioni relative alle libertà fondamentali garantite dal Trattato solo qualora si applichi a situazioni che hanno un collegamento con gli scambi fra gli Stati membri, non si può

tuttavia escludere che cittadini di Stati membri diversi dalla Repubblica italiana siano stati o siano interessati ad aprire o rilevare una farmacia in quest'ultimo Stato membro (v., in tal senso, Corte giustizia U.E., sez. IV, 13 febbraio 2014, n. 367; Corte giustizia U.E., 1 giugno 2010, nn. 570 e 571, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).

Su queste premesse si è dunque sostenuto che *“quantunque dalle decisioni di rinvio emerga che le ricorrenti nei procedimenti principali sono cittadine italiane e che tutti gli elementi di fatto delle controversie principali sono circoscritti all'interno di un solo Stato membro, resta nondimeno che la normativa di cui trattasi nei procedimenti principali può produrre effetti che non siano limitati a tale Stato membro”* (Corte giustizia U. E., sez. IV, 05 dicembre 2013, n. 159, punti 25-26).

4. Merita inoltre considerare che, riferimento al servizio farmaceutico, il legislatore europeo ha adottato la Direttiva 36/2005/CE (recepita in Italia con il D.Lgs. n. 206/2007) con la quale, in tema di diritto di stabilimento, nel riproporre la disciplina già consolidata in ambito sovranazionale relativa ai regimi che regolano i riconoscimenti professionali, ha sottoposto la professione del farmacista a quello del c.d. riconoscimento automatico, previa armonizzazione dei percorsi formativi tra gli Stati membri (v. art. 44 e 45).

La Direttiva in esame è stata modificata dalla Direttiva 55/2013/CE con la quale si è concluso l'aggiornamento relativo alle regole sul reciproco riconoscimento della qualifica professionale di farmacista. In particolare, al fine di garantire il pieno diritto alla libera circolazione, è stata introdotta la tessera professionale europea, che consente, a chi ne fa richiesta, di usufruire di un processo semplificato di riconoscimento che attesta il soddisfacimento di tutte le condizioni necessarie a fornire l'attività professionale di farmacista in qualunque paese dell'Unione sia su base temporanea che permanente.

G – Le conclusioni.

In considerazione di tutto quanto sopra esposto, la Sezione formula alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E.: *«Se i principi di libertà di stabilimento, di non discriminazione, di parità di trattamento, di tutela della concorrenza e di libera circolazione dei lavoratori, di cui agli articoli 45, da 49 a 56, e 106 del TFUE, nonché di cui agli artt. 15 e 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'U.E., ed il canone di proporzionalità e ragionevolezza in essi racchiuso, ostano ad una normativa nazionale, quale quella di cui*

all'art. 12 comma 2 L. 362/1991, che, in caso di trasferimento della titolarità della farmacia comunale, assegna il diritto di prelazione ai dipendenti della farmacia medesima».

La segreteria della Sezione curerà pertanto la trasmissione della presente ordinanza alla cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione Europea, mediante plico raccomandato al seguente indirizzo: Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925, Lussemburgo. In aggiunta alla presente ordinanza la Segreteria trasmetterà alla Cancelleria della CGUE anche la seguente documentazione: a) l'intero fascicolo di causa del primo e del secondo grado del giudizio, comprensivo della sentenza parziale d'appello n. 4053 del 3 luglio 2018, resa nel presente giudizio; b) il testo integrale delle disposizioni normative richiamate al punto *B1*.

In conseguenza della rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale di cui sopra il presente giudizio viene sospeso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO