Pubblicato il 01/02/2018

N. 00078/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00278/2016 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 Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 278 del 2016, proposto da:
Comune di Narni, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Marini, con domicilio presso T.A.R. Umbria in Perugia, via Baglioni, 3 ai sensi di legge;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 2, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Patrizia Bececco, con domicilio eletto presso lo studio Donato Antonucci in Perugia, via XIV Settembre, 69;
Ministero della Difesa Comando Carabinieri per la Tutela della Salute Nas di Perugia;
Regione Umbria;
Ordine dei Farmacisti della Provincia di Terni;

nei confronti di

Medicenter Group s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Valerio e Marzio Vaccari, con domicilio eletto presso lo studio Marzio Vaccari in Perugia, via Baldo, 7;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Unione Regionale Sindacale dei Titolari di Farmacia dell'Umbria - Federfarma Umbria, Paolo Carducci, Carlo Palmieri, Maria Enrica Ada Pallotta, Uliana Menghini, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Antonio Bagianti e Francesco Augusto De Matteis, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Augusto De Matteis in Perugia, via Bonazzi, 9;

per l'annullamento

previa sospensiva

- della nota della Azienda unità sanitaria locale Umbria 2 del Direttore Generale della ASL e del Dirigente del dipartimento assistenza farmaceutica prot 142054 del 29.6.2016 comunicata in pari data con cui è stata negata al Comune di Narni l'autorizzazione a conferire in concessione la gestione della farmacia municipale alla s.r.l. Medicenter Group risultante vincitrice a seguito di bando per l'aggiudicazione di tale servizio;
- della nota del Comando Carabinieri per la tutela della salute NAS di Perugia prot 1/18-5 del 15.3.2016 con cui il CC ha invitato la Regione e la ASL ad adottare i provvedimenti consequenziali alla presunta incompatibilità sanzionata dall'art. 102 RD 1265/34 della Medicenter Group fra l'attività farmaceutica svolta per il Comune di Narni ed altre attività di natura sanitaria;
- di ogni ulteriore atto presupposto consequenziale e comunque ignoto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Unita' Sanitaria Locale Umbria 2 e di Medicenter Group s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2017 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espone il Comune di Narni, odierno ricorrente, di essere titolare di farmacia municipale individuata nella vigente pianta organica regionale.

Con deliberazione C.C. 11 dicembre 2014 n. 75 il Comune ha disposto la concessione della gestione a terzi ai sensi degli art. 113 Tuel e 30 del D.lgs. 163 del 2006, prevedendo il collocamento in comando del farmacista dipendente comunale presso il concessionario.

Con successiva determinazione del 12 febbraio 2016 n. 21 è stata attivata la procedura comparativa per l'individuazione del concessionario e con determinazione n. 55 del 12 maggio 2016 è stata disposta l'aggiudicazione alla Medicenter Group s.r.l. quale unica concorrente.

Il Dipartimento assistenza farmaceutica dell'ASL con nota del 2 febbraio 2016 ha rilasciato al Comune permesso provvisorio per la gestione della farmacia alla Medicenter.

A seguito di accertamento effettuato dal NAS di Perugia il 15 marzo 2016, con nota a firma del Direttore Generale e del Dirigente del dipartimento assistenza farmaceutica prot 142054 del 29 giugno 2016, l'ASL 2 ha negato al Comune di Narni l'autorizzazione a conferire in concessione la gestione della farmacia municipale alla s.r.l. Medicenter Group, stante la violazione del disposto dell'art. 102 del RD 1256/34 inerente il divieto di cumulo dell'esercizio della farmacia con quello di altre professioni sanitarie, non essendo la concessionaria costituita da farmacisti abilitati ed iscritti all'Ordine ed essendo inoltre titolare e gerente di struttura sanitaria.

Il Comune di Narni impugna il suddetto diniego, deducendo motivi così riassumibili:

I.Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41, 42 e 97 Cost, degli artt. 1 e 3 L. 241/90, degli artt. 113, 113-bis, 115 e 116 del D.lgs. 267/2000, dell'art. 100 del D.lgs. 219/2006 recante attuazione della direttiva 2001/83/CE relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE, con specifico riferimento al residuo ambito di

applicazione dell'art. 9 della L. 475 del 1968 sulle forme di esternalizzazione delle farmacie comunali: l'art. 102 del RD 1265 del 1934, posto a motivo dell'impugnato diniego, dovrebbe essere coordinato con la disciplina in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica di cui al TUE (con particolare riferimento all'art. 113) si da ritenersi pienamente consentita la scissione tra titolarità della farmacia e gestione della stessa purchè l'esercizio della farmacia avvenga nel rispetto delle regole e dei vincoli imposti all'esercente a tutela dell'interesse pubblico; l'elencazione operata dall'art. 9 della legge 475 del 1968 in tema di forme di gestione delle farmacie non avrebbe carattere tassativo, ben potendo il Comune costituire una società secondo il diverso schema del citato art. 113 senza dunque che sia ostativa la mancanza di farmacisti;

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 della legge 241/90, 8 L.362/91 e 102 TULS; eccesso di potere per contraddittorietà, difetto di motivazione, illogicità manifesta, carenza di istruttoria, sviamento, disparità di trattamento: il riferimento all'art. 102 R.D. 1265/1934 sarebbe del tutto inconferente riguardando esso unicamente la persona fisica del farmacista; mancherebbe anche il denunziato conflitto di interessi essendo l'attività di farmacia in concreto svolta dal farmacista dipendente comunale; anche l'art. 100 del D.lgs. 219/2006 stabilisce che le società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali possono svolgere attività di vendita al pubblico di medicinali anche attraverso la gestione di farmacie.

Si è costituita l'ASL Umbria 2, chiedendo il rigetto del gravame, citando tra l'altro il recente pronunciamento dell'adito Tribunale (sent. 4 novembre 2014, n. 526) in tema di esclusività dell'oggetto sociale delle società che gestiscono una farmacia ai sensi dell'art. 7 c. 2 della legge 362/91, non avendo la Medicenter quale oggetto esclusivo la gestione di farmacie e risultando la gestione di strutture sanitarie del tutto incompatibile ai sensi del citato art. 102.

Si è costituita in giudizio anche la Medicenter Group s.r.l. insistendo per l'accoglimento del gravame, con argomentazioni sovrapponibili a quelle comunali, evidenziando altresì come la controversia dovrebbe dirsi superata alla luce dell'entrata in vigore della legge 4 agosto 2017 n. 124 in tema di concorrenza.

E' intervenuta *ad opponendum* la Federfarma Umbria, unitamente ai titolari di alcune farmacie di Narni, quale ente esponenziale degli interessi della categoria professionale dei farmacisti, chiedendo il rigetto del gravame.

Alla camera di consiglio del 20 luglio 2016 con ordinanza 107/2016 è stata accolta la domanda incidentale cautelare "attesa la necessità di evitare la chiusura della farmacia comunale ovvero l'erogazione di un pubblico servizio, fermo restando ogni valutazione sui motivi di gravame nella competente sede di merito".

In vista della discussione nel merito le parti hanno insistito nelle proprie conclusioni. La difesa comunale ha altresì eccepito l'inammissibilità del descritto intervento *ad opponendum*, sia per la mancata impugnazione del bando e dell'aggiudicazione del servizio sia per la carenza di interesse al ricorso.

All'udienza pubblica del 19 dicembre 2017, uditi i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

2.- E' materia del contendere la legittimità del diniego opposto dall'ASL 2 al Comune di Narni inerente la richiesta autorizzazione a conferire in concessione la gestione della farmacia municipale alla s.r.l. Medicenter Group, aggiudicataria della gara.

3. Preliminarmente va respinta l'eccezione di inammissibilità dell'intervento *ad opponendum*.

Federfarma, ente esponenziale degli interessi dei titolari di farmacia, vanta un indubbio interesse di segno opposto a quello azionato nel ricorso, al fine di evitare situazioni di conflitto di interesse nel settore farmaceutico (che il divieto di cumulo presidiato dall'art. 102 RD 1265/1934 intende prevenire) si

da differenziarlo da quello della generalità dei consociati, secondo i consueti parametri in tema di ammissibilità dell'intervento nel processo amministrativo (*ex multis* Consiglio di Stato sez. IV, 2 febbraio 2017, n. 573). E' ammissibile, ad avviso del Collegio, anche l'intervento dei titolari di altre farmacie nel territorio di Narni vantando essi comunque un interesse indiretto al mantenimento del provvedimento impugnato.

4. - Venendo al merito, ad avviso dell'amministrazione sanitaria risulterebbe violato il disposto di cui all'art. 102 del R.D. 1256/34 inerente il divieto di cumulo dell'esercizio della farmacia con quello di altre professioni sanitarie, non essendo la società concessionaria costituita da farmacisti abilitati ed iscritti all'Ordine ed essendo inoltre titolare e gerente di strutture sanitarie.

Ritiene di contro il Comune di Narni, mediante una lettura del R.D. 1256/34 coordinata con la generale disciplina sui servizi pubblici locali a rilevanza economica contenuta nel TUEL, che sarebbe ben possibile una scissione tra la titolarità della farmacia comunale e la sua gestione, con separazione tra proprietà delle partecipazioni delle società di capitali e la funzione del farmacista - dipendente preposto al servizio, prima vietata dall'art. 9 L.475 del 1968. Nel caso di specie la funzione sarebbe riconducibile al farmacista dipendente comunale mentre il servizio al concessionario gestore costituito sotto forma di società di capitali, dovendosi pertanto l'art. 102 del RD intendersi come riferito alla sola persona fisica del farmacista.

5. - Il ricorso è infondato e va respinto, non ritenendo il Collegio di poter condividere il pur suggestivo assunto dell'ente ricorrente.

5.1. - Occorre premettere che l'esercizio delle sedi farmaceutiche è conferito mediante atto qualificato come autorizzazione (art. 1 c. 1 L.475/1968) considerato dalla giurisprudenza come concessione di servizio pubblico in considerazione che tutte le farmacie pianificate sul territorio sono obbligatoriamente convenzionate con il SSN per l'erogazione dell'assistenza farmaceutica (*ex multis* T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 12 aprile 2000, n. 1530).

5.2. - L'art. 9 c. 1, legge 475 del 1968, quale norma di settore invocata dall'ASL resistente, stabilisce che "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: a) in economia; b) a mezzo di azienda speciale; c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari; d) a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità. All'atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti."

La norma, nell'elencare le forme di gestione del servizio farmaceutico, non contempla la concessione a soggetti privati se non nella misura in cui nella società figuri un socio farmacista.

Deve però porsi la questione del coordinamento tra la normativa di settore del servizio farmaceutico con la disciplina generale sui servizi pubblici a rilevanza economica, cui pertiene il servizio *de quo*, questione quanto mai delicata per la quasi generalità dei servizi pubblici locali, anche per la frammentarietà della normativa per effetto della sentenza 20 luglio 2012 n. 199 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011.

L'art. 113 Tuel, norma generale in tema di servizi pubblici a rilevanza economica (la cui reviviscenza consegue alla sentenza della Corte Cost. n. 199 del 2012) contempla - come noto - tra le forme di gestione anche la concessione a terzi mediante procedura ad evidenza pubblica.

Se in un primo momento la giurisprudenza aveva ritenuto le forme di gestione previste dall'art. 9 aventi carattere tassativo (T.A.R. Piemonte sez. II, 27 giugno 2013, n. 829; id. 14 giugno 2013, n. 767) l'orientamento più recente ha invece optato per l'abrogazione del citato art. 9 ad opera del TUEL, nella

parte in cui prevedeva che le farmacie comunali potevano essere gestite anche a mezzo di società di capitali, ma a condizione che avessero come soci solo farmacisti che, all'atto della loro costituzione, prestassero servizio presso farmacie di cui il Comune avesse la titolarità, con la conseguenza che attualmente l'acquisizione della qualità di socio non è più subordinata a tale condizione (Consiglio di Stato, sez. III, 4 settembre 2015, n. 4120; id. sez. III, 31 ottobre 2014, n. 5389).

Così opinando è stata affermata la scissione, prima negata, tra la titolarità che rimane in capo all'ente locale e la gestione della farmacia da parte della società privata, a condizione che il bando specifichi gli obblighi di servizio pubblico imposti al concessionario in coerenza con la finalità ei servizio pubblico essenziale insita nel servizio farmaceutico (*ex multis* T.A.R. Lombardia Brescia sez. II, 16 gennaio 2013, n. 20; T.A.R. Veneto sez. I, 20 marzo 2014, n. 358).

Va poi rilevato come ai sensi del comma 2 dell'art. 113 Tuel sussista il principio generale di separazione tra titolarità della proprietà delle reti e impianti e titolarità della gestione del servizio, per quanto derogabile dalla normativa di settore ai sensi del successivo comma 13 (Corte Costituzionale, 1 febbraio 2006, n. 29).

5.3. - Resta da vedere se tale possibile scissione - che pure il Collegio condivide - comporti anche il venir meno dell'esclusività dell'oggetto sociale, ovvero se possa trattarsi di società il cui oggetto sociale può ricomprendere anche l'esercizio di ulteriori attività economiche rispetto all'erogazione del servizio farmaceutico.

Giova evidenziare come l'art. 7 c. 2, della legge 362/91 stabilisce che "Le società di cui al comma 1 hanno come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia. La partecipazione alle societa' di cui al comma 1 e' incompatibile con qualsiasi altra attivita' svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonche' con l'esercizio della professione medica. Alle societa' di cui al comma 1 si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 8"

A tale interrogativo, come correttamente evidenziato dalle stesse parti, l'adito Tribunale ha fornito di recente risposta negativa, richiamandosi anche alla sentenza n. 275/2003 della Corte Costituzionale dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 8 c. 1, lett a) della legge 362 del 1991.

Infatti, la scissione tra la titolarità e la gestione di una farmacia non costituisce valida obiezione per contestare la necessaria compatibilità dell'oggetto sociale con la gestione di una farmacia (al fine di provvedere ad una legittima concessione di una farmacia comunale), in quanto tale scissione giustifica la deroga all'art. 12, comma 11, L. n. 475 del 1968, consentendo l'affidamento della gestione a terzi della farmacia, ma non anche all'esclusività dell'oggetto sociale, il cui fondamento va rinvenuto nell'obiettivo finale di evitare conflitti di interessi che possano ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico e, mediatamente, sul diritto alla salute (così T.A.R. Umbria 4 novembre 2014, n. 526).

5.4. - Non ravvisa il Collegio ragioni per discostarsi dal suindicato precedente, dal momento che tale esclusività trova la sua *ratio* nell'obiettivo di evitare conflitti di interesse capaci di ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del Servizio farmaceutico e, mediatamente, sul diritto alla salute. La stessa Consulta non ha mancato di evidenziare l'importanza per i gestori di farmacie comunali di evitare situazioni di conflitto di interesse a salvaguardia dell'interesse pubblico al corretto svolgimento del servizio farmaceutico (Corte Cost. n. 275/2003).

Nel caso di specie la società Medicenter risulta pacificamente titolare di diverse strutture sanitarie (in Terni, Roma e Monterotondo Scalo) e ricomprende nell'oggetto sociale l'esercizio di varie professioni sanitarie e la gestione di case di cura, poliambulatori e strutture residenziali, si da incorrere nel divieto di commistione tra attività farmaceutica e attività medico sanitaria alla base dell'art. 102 del RD 1256/34 essendo la legislazione in materia farmaceutica posta a presidio, prima ancora che alla progressiva apertura del

mercato farmaceutico, tutt'ora peraltro contingentato (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, 2 luglio 2014, n. 3326), del diritto alla salute pubblica.

Del resto la giurisprudenza del Consiglio di Stato richiamata dalla difesa comunale afferma sì l'invocato principio della scissione tra titolarità della farmacia e sua gestione ma non anche quello della deroga alla esclusività dell'oggetto sociale.

5.5. - A diverse conclusioni non può giungersi né richiamando altri precedenti dell'adito Tribunale (sent. 25 luglio 2014, n. 421) né invocando la legge 4 agosto 2017 n. 124 "Legge annuale per il mercato e la concorrenza" benchè "*ratione temporis"* non applicabile.

Quanto al primo profilo perché attinente a fattispecie completamente diversa, come evidenziato dagli intervenienti, quanto al secondo perché il comma 157, della richiamata legge 124, a ben vedere, conferma si la titolarità delle farmacie private a società di capitali ma ne impone l'oggetto esclusivo della gestione della farmacia, confermando l'assunto per cui l'esercizio dell'attività farmaceutica è incompatibile con altre attività ed *in primis* con quella sanitaria. Né tale incompatibilità appare restrittiva della concorrenza nella sua dimensione comunitaria, risultando sorretta dall'obiettivo di tutela della sanità pubblica la quale certamente figura tra i "motivi imperativi di interesse generale" idonei a giustificare restrizioni alle libertà garantite dal Trattato (C.G.U.E. 11 settembre 2008, Commissione/Germania causa C141/07).

6. - Alla luce delle suesposte considerazioni il diniego impugnato risulta immune da tutte le doglianze dedotte.

7. - Il ricorso va dunque respinto.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite attesa la complessità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

Enrico Mattei, Primo Referendario

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Paolo Amovilli	**Raffaele Potenza**

IL SEGRETARIO