

REPUBBLICA ITALIANA

N.637/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 10260 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2005

decisione

sul ricorso in appello proposto:

- dall'associazione FEDERFARMA – FEDERAZIONE
NAZIONALE UNITARIA DEI TITOLARI DI FARMACIA
ITALIANI (sede non indicata), in persona del presidente, dottor
Giorgio Siri,

- dall'associazione UNIONE REGIONALE TOSCANA
FARMACISTI TITOLARI – U.R.TO. FAR. (sede non indicata), in
persona del presidente, dottor Fabio Franceschini,

difese dagli avvocati Agostino Gambino e Massimo Luciani e
domiciliati presso il primo in Roma, via dei Tre Orologi 14/a;

contro

- il comune di FIRENZE, costituitosi in giudizio in persona del
sindaco Leonardo Domenici, difeso dagli avvocati Claudio Visciola e
Maria Athena Lorizio e domiciliato presso la seconda in Roma, via
Dora1;

- la società per azioni BLUFARMA o BLUPHARMA, con sede in
Novate Milanese, non costituita in giudizio;

e nei confronti

della società per azioni FARMACIE FIORENTINE-A.F.A.M., con
sede in Firenze, costituitasi in giudizio in persona del dottor Mauro

Giombini, difesa dagli avvocati Alessandra Granatelli, Adriano Giuffrè e Domenico Iaria domiciliati presso a prima in Roma, via Parigi 11;

per la riforma

della sentenza 21 giugno 2005 n. 3032, con la quale il tribunale amministrativo regionale per la Toscana, terza sezione, ha dichiarato improcedibile il ricorso contro la deliberazione del Consiglio comunale di Firenze 22 gennaio 2001 n. 24/4, contenente la decisione di cedere mediante procedura di evidenza pubblica, l'ottanta per cento del pacchetto azionario della società Farmacie Fiorentine-A.F.A.M., e contro il successivo bando; e ha dichiarato irricevibile il ricorso contro l'aggiudicazione a Blufarma della gara per l'acquisto del pacchetto azionario.

Visto il ricorso in appello, depositato il 19 dicembre 2005;

visto il controricorso della società Farmacie Fiorentine-A.F.A.M., depositato il 9 gennaio 2006;

visto l'appello incidentale della società Farmacie Fiorentine-A.F.A.M., notificato il 16 e il 18 e depositato il 19 gennaio 2006;

visto il controricorso del comune di Firenze, depositato il 24 gennaio 2006;

viste le ulteriori memorie difensive presentate dalle parti;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, all'udienza del 6 giugno 2006, il consigliere Raffaele Carboni, e udito altresì l'avvocato C. Visciola;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il comune di Firenze con deliberazione del Consiglio comunale 22 gennaio 2001 n. 24/4 aveva deciso di affidare alla società Farmacie Fiorentine A.F.A.M (d'ora in poi: Afam) la gestione delle farmacie comunali fino al 2030 e di alienare poi, mediante procedura di evidenza pubblica, l'ottanta per cento del capitale della società; aveva altresì stabilito che alla procedura di gara sarebbero stati ammessi imprenditori individuali o societari o enti, attivi nel settore della distribuzione farmaceutica con un patrimonio di almeno dieci miliardi di lire, e a società o enti operanti in settori diversi, con patrimonio di almeno quindici miliardi di lire. In precedenza con deliberazione del Consiglio comunale 17 luglio 2000 n. 776 l'azienda speciale comunale per le farmacie era stata trasformata, appunto, nella società per azioni Afam.

Le associazioni di farmacisti indicate in epigrafe, insieme con numerosi titolari di farmacie private in Firenze, con ricorso al tribunale amministrativo regionale per la Toscana notificato il 10 aprile 2001 (procedimento di primo grado 871/2001) hanno impugnato la deliberazione e il successivo bando di gara, non conosciuto dai ricorrenti e che è poi risultato essere stato approvato con deliberazione 6 marzo 2001 n. 213 della giunta comunale, deducendo come primo e principale motivo che il comune, per lo svolgimento del servizio farmaceutico, può costituire società di capitali solo con farmacisti dipendenti del comune stesso.

In via subordinata ha dedotti i motivi che, omettendo la

citazione degli atti normativi di cui i ricorrenti hanno sostenuto la violazione, si possono riassumere come segue,

2) Il comune non può trasferire l'intero complesso aziendale delle farmacie comunali;

3) Il bando, favorendo l'acquisto delle quote da parte di società di grande distribuzione dei farmaci, crea un conflitto tra l'interesse alla promozione dei propri prodotti e quello all'imparziale distribuzione di tutti i farmaci.

3) Le norme sulle farmacie comunali, ove fossero interpretate in senso diverso da quello sostenuto dai ricorrenti, sarebbero costituzionalmente illegittime, perché il comune sarebbe libero di disporre delle proprie farmacie, mentre i farmacisti dipendenti comunali (che hanno un diritto di prelazione in caso di alienazione della farmacia) e quelli privati incontrano limiti nel trasferimento delle farmacie; l'iniziativa economica dei farmacisti privati sarebbe compressa a vantaggio di quella degli enti locali e questi ultimi avrebbero una posizione di mercato dominante e un vantaggio concorrenziale.

In corso di causa è intervenuta la sentenza della corte costituzionale 24 luglio 2003 n. 375, pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 30 luglio 2003, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'articolo 8, comma 1 lettera "a", della legge 8 novembre 1991 n. 362 nella parte in cui non prevede che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali è incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione,

intermediazione e informazione scientifica del farmaco.

I medesimi ricorrenti (con l'eccezione di uno dei farmacisti), con un secondo ricorso, notificato il 14 e 17 novembre 2003 anche alla società Blufarma alla quale nel frattempo era stata aggiudicata la gara (procedimento di primo grado 2131/2003), hanno censurato il bando di gara e l'aggiudicazione per violazione del citato articolo 8 (nel tenore normativo risultante dalla sentenza della corte costituzionale).

Il tribunale amministrativo regionale con la sentenza indicata in epigrafe ha riunito i due giudizi, ha dichiarato irricevibile il ricorso 2131/2003, con la precisazione che le sentenze dichiarative d'illegittimità costituzionale non valgono a riaprire i termini per le impugnazioni dei provvedimenti amministrativi; ha poi giudicato inammissibili le impugnazioni della deliberazione n. 24 del 2001, per non essere stata impugnata la deliberazione n. 776 del 2000, con la quale già il comune, istituendo l'Afam, aveva già precisato che essa aveva per oggetto l'attività di distribuzione dei farmaci e che esso comune non sarebbe potuto rimanere socio unico per più di due anni. Ha giudicato inammissibile l'impugnazione del bando, stante, sembra, l'inoppugnabilità dell'aggiudicazione (sul punto la motivazione non è perspicua).

Appellano le associazioni originarie ricorrenti, censurando tutte le dichiarazioni d'inammissibilità contenute nella motivazione della sentenza e riproponendo i motivi del ricorso di primo grado.

Afam con appello incidentale: 1) ha riproposto l'eccezione,

non esaminata dal primo giudice, di tardività del ricorso originario (del 10 aprile 2001), perché la deliberazione del 22 gennaio 2001 era stata dichiarata immediatamente esecutiva, sicché il termine decorreva dalla stessa data del 22 gennaio; 2) ha riproposto l'eccezione, respinta dal tribunale amministrativo regionale, d'inammissibilità del ricorso di primo grado perché i ricorrenti non avevano presentato domanda di partecipazione alla gara; 3) ha fatto presente che la normativa sull'incompatibilità, quale risulta dalla sentenza n. 375 del 2003 della corte costituzionale, viola la normativa comunitaria.

DIRITTO

Con il primo motivo del ricorso di primo grado, riproposto, i ricorrenti sostengono che il comune, per lo svolgimento del servizio farmaceutico, può costituire società di capitali solo con farmacisti dipendenti del comune stesso. La norma che essi invocano è l'articolo 9, primo comma, della legge 2 aprile 1968 n. 475 sul servizio farmaceutico, secondo cui « Le farmacie di cui sono titolari i comuni possono essere gestite ...nelle seguenti forme: ... *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». L'articolo 12, comma 1, della legge 23 dicembre 1992 n. 498 ha poi disposto che i comuni potessero esercitare i servizi pubblici di loro competenza costituendo apposite società per azioni

«anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 9, primo comma, lettera *d*) della legge 2 aprile 1968 n. 475»; infine il nuovo testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, emanato con decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, che disciplina le forme di erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevedendo negli articoli da 112 a 116 anche apposite società per azioni da costituire secondo determinate regole nonché la trasformazione delle aziende speciali in società per azioni, nell'articolo 274, contenente abrogazione di disposizioni di legge, ha abrogato tra l'altro l'articolo 12, comma 1, della legge 23 dicembre 1992 n. 498. Sostengono gli appellanti che tale ultima abrogazione ha ripristinato la vigenza dell'articolo 9, primo comma, alinea "d" della legge n. 475 del 1968, consentendo, per l'esercizio di farmacie, solo società di capitali aventi come soci comuni ed ex farmacisti comunali. Il motivo è infondato: il testo unico 18 agosto 2000 n. 267 del 2000 ha regolato l'intera materia delle forme giuridiche di prestazione dei servizi pubblici locali, determinando l'abrogazione delle leggi anteriori che regolavano le forme di prestazione di singoli servizi, come appunto l'articolo 9, primo comma, della legge n. 475 del 1968, nel testo stabilito dall'art. 101 – novembre 1991 n. 362 (articolo 15 delle disposizioni sulla legge in generale, premesse al codice civile).

Sono infondati anche il secondo e terzo motivo del ricorso di primo grado, pure riproposti: la legge, come si è detto, regola le forme giuridiche con le quali gli enti locali prestano i servizi pubblici di loro competenza, sicché il secondo motivo, con cui i ricorrenti criticano la

costituzione di una società per la gestione delle farmacie comunali perché essa svuoterebbe la titolarità comunale delle medesime, si risolve in una critica della legge. Quanto al terzo motivo, con cui si eccepisce l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che regolano in modo diverso il trasferimento delle farmacie comunali (consentendo al comune di costituire società con soggetti non farmacisti), e delle farmacie private (che possono essere trasferite solo ad altri farmacisti), l'eccezione d'illegittimità costituzionale, in disparte la sua genericità, è manifestamente infondata, perché pone a confronto due fatti che nulla hanno in comune, cioè il trasferimento di una farmacia privata da uno ad altro farmacista e le forme giuridiche con cui il comune esercita le farmacie di cui si è, a norma di legge, riservata la titolarità.

Va poi confermata la pronuncia d'inammissibilità dei motivi aggiunti, proposti dopo la sentenza della corte costituzionale n. 375 del 2003, e consistenti nella censura di violazione dell'articolo 8, comma 1 lettera "a", della legge 8 novembre 1991 n. 362, che ben sarebbe potuta esser proposta già con il ricorso originario, quanto meno come eccezione d'illegittimità costituzionale della disposizione. L'effetto delle sentenze dichiarative d'illegittimità costituzionale di disposizioni di legge è infatti quello di far perdere efficacia alle disposizioni dichiarate incostituzionali (articolo 136 della Costituzione), nel senso che, dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, nessuna pubblica autorità può più fare applicazione delle disposizioni dichiarati incostituzionali. La dichiarazione

d'illegittimità costituzionale non vale invece a riaprire preclusioni verificatesi, non già in forza delle norme dichiarate costituzionalmente illegittime, bensì in forza di ordinarie regole procedurali (nella specie, del termine per impugnare gli atti amministrativi).

Stabilita l'infondatezza dei motivi del ricorso originario e l'inammissibilità dei motivi aggiunti, si può prescindere dalle questioni se i ricorrenti dovessero o meno impugnare la deliberazione del Consiglio comunale n. 776 del 2000, e se essi fossero legittimati all'impugnazione, stante il fatto che i farmacisti ricorrenti non avevano chiesto di partecipare alla gara.

L'appello, in conclusione, è infondato e va respinto. La complessità e novità delle questioni costituisce peraltro giusto motivo per compensare integralmente le spese di giudizio.

Per questi motivi

respinge l'appello indicato in epigrafe e compensa le spese di giudizio

.

Così deciso in Roma, nelle camere di consiglio del 6 giugno e del 14 novembre 2006, dal collegio costituito dai signori:

Raffaele Iannotta	presidente
Raffaele Carboni	componente, estensore
Paolo Buonvino	componente
Cesare Lamberti	componente
Aniello Cerreto	componente

L'ESTENSORE

F.to Raffaele Carboni

IL PRESIDENTE

F.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

F.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15 febbraio 2007

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

PER IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi