



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1279 del 2013, proposto da:
Federfarma Vicenza - Associazione Titolari di Farmacia della Provincia di Vicenza,
rappresentato e difeso dagli avv. Elena Dalla Santa, Massimo Luciani, con
domicilio eletto presso Elena Dalla Santa in Venezia, San Marco, 4909; Mario
Cavazza Ceccato, Pierangelo De Antoni, Marco Bressan, Anita Lovato, Enrico
Zanchi, rappresentati e difesi dall'avv. Massimo Luciani, con domicilio eletto
presso Elena Dalla Santa in Venezia, San Marco, 4909;

contro

Comune di Montecchio Maggiore, rappresentato e difeso dall'avv. Paola Orefice,
con domicilio presso la Segreteria del T.A.R, ai sensi di legge;
Regione Veneto;

e con l'intervento di

ad

opponendum:

Ma.He. S.r.l., Opera Immobiliare S.r.l., rappresentati e difesi dagli avv. Vittorio
Domenichelli, Franco Zambelli, Guido Zago, Federica Sgualdino, Giuseppe

Scuglia, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

per l'annullamento

della Deliberazione della Giunta Comunale 13 giugno 2013, n. 105, avente ad oggetto "Definizione criteri generali per l'affidamento mediante concessione della gestione del servizio farmaceutico comunale di nuova (VI sede)"; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Montecchio Maggiore;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2014 la dott.ssa Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso spedito per la notifica il 17 settembre 2013, Federfarma Vicenza – Associazione titolari di farmacia della Provincia di Vicenza e cinque persone fisiche titolari di farmacie site nel Comune di Montecchio Maggiore (VI) hanno impugnato la determinazione della Giunta comunale di Montecchio Maggiore 13 giugno 2013, n. 105 (pubblicata all'Albo Pretorio del Comune in data 25 giugno 2013 e per i successivi quindici giorni), con la quale sono stati definiti i “criteri generali per l'affidamento mediante concessione della gestione del servizio farmaceutico comunale di nuova istituzione (VI sede)”, nonché “tutti gli atti, anche allo stato non conosciuti, presupposti, consequenziali e comunque connessi (tra cui, senza pretesa di completezza, la determinazione dirigenziale 25 giugno 2013, n. 296 e il bando di gara... pubblicato sulla G.U. n. 77 del 3 luglio 2013)”.

1.1. Secondo i ricorrenti gli atti impugnati sarebbero illegittimi perché il Comune di Montecchio Maggiore avrebbe esercitato (con deliberazione 6 febbraio 2012, n. 3) la prelazione sulla sesta sede farmaceutica prevista nella pianta organica del medesimo Comune in violazione dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, entrato in vigore il 24 gennaio 2012, secondo cui “in deroga a quanto previsto dall'articolo 9 della legge 2 aprile 1968, n. 475, sulle sedi farmaceutiche istituite in attuazione del comma 1 o comunque vacanti non può essere esercitato il diritto di prelazione da parte del comune”. Non si potrebbe infatti dubitare del fatto che, sino a quando il Comune non ha esercitato la prelazione, la sede era da considerarsi “vacante” e quindi non suscettibile di prelazione.

1.2. In via subordinata al mancato accoglimento del primo motivo, i medesimi atti impugnati risulterebbero in ogni caso illegittimi in quanto applicherebbero la disciplina dei contratti pubblici che secondo i ricorrenti sarebbe del tutto estranea alla fattispecie in esame, posto che, in considerazione della specificità del servizio di dispensazione dei farmaci, la principale fonte di regolazione di detto servizio sarebbe quella prevista dall'art. 9, comma 1, della legge n. 475 del 1968, che indica specifiche forme di gestione delle farmacie a nessuna delle quali sarebbe riconducibile il “modello della concessione a terzi”.

1.2.1. Peraltro, la modalità di gestione utilizzata dal Comune determinerebbe un'inammissibile scissione fra la titolarità e la gestione, in contrasto con l'art. 10 della legge n. 475 del 1968: con lo strumento della concessione a terzi, infatti, l'ente locale rinunciarebbe alla gestione della farmacia comunale, cedendo in via esclusiva al soggetto vincitore della gara la concreta direzione delle attività dell'esercizio farmaceutico.

1.3. In via ulteriormente subordinata al mancato accoglimento dei motivi che precedono, i ricorrenti contestano l'illegittimità “degli atti impugnati per violazione

della disciplina in materia di appalti pubblici di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006", oltre che per eccesso di potere.

1.3.1. In particolare, si contesta la legittimità del bando di gara nella parte in cui avrebbe irragionevolmente introdotto criteri limitativi e discriminatori in violazione della parità di trattamento fra i potenziali concorrenti, favorendo palesemente una categoria di partecipanti (quella della società di capitali di dimensioni medio-grandi) rispetto ai farmacisti singoli iscritti all'albo, con gravi ripercussioni negative sul servizio farmaceutico e comunque sulla concorrenza.

1.3.2. Infatti, pur essendo formalmente ammessa la partecipazione alla gara di "farmacisti singoli o associati abilitati alla professione di farmacista e iscritti all'albo professionale" titolari, ad essi risulterebbe *ope legis* preclusa la possibilità di gestire una pluralità di sedi farmaceutiche, mentre le società (come quella vincitrice) ben potrebbero concentrare in sé la gestione di un numero potenzialmente illimitato di farmacie.

1.3.3. Tale situazione determinerebbe la violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006 poiché con il bando di gara impugnato il Comune di Montecchio Maggiore avrebbe privilegiato il profilo del (proprio) vantaggio economico piuttosto che quello della qualità della prestazione del servizio offerto.

1.4. Sulla legittimazione e sull'interesse a ricorrere, Federfarma Vicenza precisa di essere un'associazione che riunisce a livello provinciale i titolari delle farmacie private, con lo scopo di tutelarne gli interessi sindacali, economici, tecnici e morali. Da ciò deriverebbe l'"evidente interesse dell'Associazione, nella sua qualità maggiormente rappresentativa dei farmacisti privati della provincia di Vicenza, a proporre ricorso per l'annullamento della determinazione" n. 154 del 2013 e del bando di gara che di essa costituisce esecuzione, "i cui effetti nel mercato della dispensazione al dettaglio del farmaco recano illegittimo pregiudizio agli interessi economici dell'intera categoria". Mentre per i singoli farmacisti, la legittimazione si

riconnetterebbe direttamente alla loro qualità di esercenti l'attività professionale nel Comune di Montecchio Maggiore, in quanto tali direttamente pregiudicati dagli atti impugnati.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Montecchio Maggiore, eccependo la tardività del ricorso in relazione alla pretesa illegittimità dell'esercizio di prelazione attuato mediante deliberazione del Consiglio comunale n. 3 del 6 febbraio 2012.

2.1. Viene in ogni caso eccepita l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione di agire, posto che Federfarma tutelerebbe solo una parte dei propri iscritti (mentre invece la *legitimatio ad causam* di tali associazioni sarebbe ammessa solo quando agiscono a tutela degli interessi generali dell'associazione), nonché per carenza di interesse, poiché se anche venisse annullata la procedura di affidamento in concessione della farmacia, i ricorrenti non ritrarrebbero alcun utile risultato.

2.2. La parte resistente eccepisce in ogni caso l'inammissibilità del ricorso perché con esso vengono contestati, in relazione ad atti successivi, vizi inerenti ad atti precedenti non impugnati.

2.3. Nel merito, il Comune contesta l'applicabilità alla sequenza procedimentale impugnata dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, posto che tale disciplina non era ancora vigente all'epoca in cui è sorto per il Comune il diritto all'esercizio del diritto di prelazione. Così come le modalità di gestione delle farmacie comunali andrebbero integrate con lo sviluppo successivo in materia di servizi pubblici locali (fra i quali si annovera il servizio di dispensazione del farmaco) con conseguente coesistenza di forme gestione *ex* art. 9 della legge n. 475 del 1968 e di forme ordinarie di gestione previste dal diritto comunitario.

2.4. Peraltro, anche i requisiti soggettivi ed i criteri di valutazione delle offerte della gara per l'affidamento in concessione della gestione della farmacia comunale evidenzerebbero come il bando sia rivolto all'affidamento del servizio ad un soggetto capace di tutelare al meglio il diritto della salute dei cittadini.

3. Con atto *ex art.* 50 del c.p.a. sono intervenute *ad opponendum* le società MA.HE s.r.l. unipersonale e Opera immobiliare s.r.l. (nella loro qualità di uniche concorrenti che hanno partecipato alla procedura aperta di affidamento della gestione della VI sede farmaceutica indetta dal Comune) eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione e per carenza di interesse.

3.1. Quanto alle censure rivolte contro la scelta del Comune di affidare la gestione della farmacia ad un concessionario individuato previa procedura di evidenza pubblica, le società intervenienti sollevano un ulteriore profilo di inammissibilità del ricorso posto che detta scelta sarebbe stata operata con la delibera consiliare n. 30 del 27 giugno 2012, e successivamente ribadita con la delibera n. 296 del 27 dicembre 2012, senza che tali atti risultino impugnati né autonomamente né unitamente agli atti di gara impugnati con l'odierno gravame.

3.2. Le stesse società contestano in ogni caso la fondatezza delle censure, ritenendo non applicabile alla fattispecie *de qua* l'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012 e comunque errato l'assunto secondo il quale l'art. 9 della legge n. 475 del 1968 conterrebbe un'elencazione tassativa delle possibili forme di gestione della farmacia comunale, dovendosi considerare la praticabilità del modello concessorio e la sua piena compatibilità con la disciplina di settore.

4. In vista della discussione del merito le parti hanno depositato memorie di difesa e di replica; all'udienza del 12 febbraio 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Con l'odierno ricorso sono articolati in via gradata tre ordini diversi di censura: il primo volto a contestare l'esercizio del diritto di prelazione della farmacia di nuova istituzione da parte del Comune, il secondo rivolto contro il modello di gestione prescelto dall'ente, il terzo avente ad oggetto direttamente la legittimità del bando di gara, per la pretesa violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006.

6. Preliminarmente deve essere dichiarata l'intempestività del ricorso con riferimento al primo motivo di censura.

6.1. In particolare, secondo la tesi dei ricorrenti, il bando di gara sarebbe illegittimo in quanto relativo ad una sede farmaceutica per la quale il Comune avrebbe esercitato una prelazione non consentita dall'art. 1 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

6.2. Tale doglianza si riferisce pertanto specificamente all'atto di esercizio della prelazione di cui alla delibera del Consiglio comunale n. 3 del 6 febbraio 2012.

6.3. L'odierno ricorso tuttavia non ha ad oggetto l'impugnazione della delibera del Consiglio comunale suddetta, rispetto al quale sarebbe risultato in ogni caso palesemente tardivo, ma esclusivamente gli atti di gara adottati a valle dell'esercizio della prelazione in questione.

6.4. Di qui, quindi, l'inammissibilità *in parte qua* del gravame presentato solo avverso l'atto successivo con il quale si pretende di far valere un vizio dell'atto presupposto immediatamente lesivo, non impugnato né autonomamente né unitamente all'atto presupponente, non essendo a tal fine sufficiente la generica richiesta di annullamento rivolta anche a "tutti gli atti, ..., presupposti, consequenziali e comunque connessi" contenuta nell'epigrafe del ricorso.

7. Con il secondo motivo di censura, i ricorrenti censurano la scelta di affidare la gestione della farmacia comunale avvalendosi del modello della concessione a terzi. Il Collegio ritiene di potersi esimere dall'affrontare le plurime eccezioni in rito formulate dall'amministrazione intimata e dalle società intervenute, in quanto il motivo di ricorso è infondato nel merito.

7.1 È indubbio che la farmacia, a gestione sia pubblica che privata, implica un'attività nella quale coesistono elementi imprenditoriali e commerciali e tratti di servizio pubblico sottoposti al controllo dell'autorità preposta.

7.2. L'esercizio dell'attività di assistenza farmaceutica rappresenta infatti un cardine del diritto fondamentale alla salute garantito e assicurato, nel nostro ordinamento,

dallo Stato, dalle Regioni e dagli altri enti territoriali autonomi, secondo le rispettive competenze. In questo senso la Corte costituzionale, nella sentenza n. 87 del 2006, ha affermato che “... La complessa regolamentazione pubblicitica dell’attività economica di rivendita dei farmaci è infatti preordinata al fine di assicurare e controllare l’accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l’indubbia natura commerciale dell’attività del farmacista”.

7.3. Anche la Corte di Giustizia (sentenza 1/6/2010 resa nelle cause C-570/07 e C-571/07), nell’esaminare una questione afferente alla compatibilità comunitaria di un limite di distanza minima tra farmacie, ha statuito (par. 90) che “la libertà di stabilimento degli operatori economici deve essere bilanciata con le esigenze di tutela della sanità pubblica e ... la gravità degli obiettivi perseguiti in tale settore può giustificare restrizioni che abbiano conseguenze negative, anche gravi, per taluni operatori (v., in tal senso, sentenza 17 luglio 1997, causa C-183/95, Affish, Racc. pag. I-4315, punti 42 e 43)”, e che una normativa nazionale ben può perseguire l’obiettivo di garantire alla popolazione un approvvigionamento di medicinali sicuro e di qualità, attraverso modalità di raggiungimento del medesimo che non siano incoerenti (par. 101).

7.4. Venendo ora alla specifica contestazione sollevata dai ricorrenti, la disposizione legislativa mantenuta ferma dalla disciplina nazionale dei servizi pubblici locali (art. 9 della L. 475/68 nel testo vigente) così stabilisce: “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”.

7.5. Deve tuttavia escludersi il carattere tassativo dell'elencazione operata dal citato art. 9 della L. 475/68: ed invero, come ribadito dal Consiglio di Stato, “la normativa di cui all'art. 9 della legge n. 475/1968, nei limiti in cui è rimasta in vigore, può comunque applicarsi solo nei limiti in cui è compatibile con la disciplina generale prevista in materia dal TUEL e nelle forme previste da esso, e comunque nel rispetto dei principi comunitari” (così Cons. di Stato, sez. III, 9 luglio 2013, n. 3647, § 6.9.), in base ai quali la cd. “autoproduzione” (gestione in house) e l'esternalizzazione risultano sostanzialmente poste sullo stesso piano, sicché l'alternativa tra le due opzioni deve essere rimessa al prudente apprezzamento delle singole amministrazioni.

7.6. Pertanto, il Collegio condivide l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'assenza di una norma positiva che autorizzi la dissociazione tra titolarità e gestione non rappresenta un ostacolo all'adozione del modello concessorio.

7.7. Detto approdo interpretativo è stato condiviso dal T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV – 28/6/2011 n. 2598, il quale ha affermato – con riferimento all'art. 23-bis del D.L. 112/2008 – che la clausola di salvezza dell'art. 9 della L. 475/68 permette ai Comuni di “accedere alle forme di gestione delle farmacie comunali di cui all'art. 9 citato” ma “non si può per questo affermare che la disciplina di cui alla L. 475 sia l'unica applicabile al settore farmaceutico, senza possibilità di ricorso al mercato mediante procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione delle farmacie comunali, atteso che la gara costituisce la modalità ordinaria che i Comuni devono utilizzare per l'affidamento dei servizi pubblici locali. In conclusione, facendo salva la normativa di settore, l'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008 ha voluto garantire la sopravvivenza di forme di gestione diretta delle farmacie comunali che, altrimenti, sarebbero state travolte dall'entrata in vigore del citato art. 23 bis, il

quale stabilisce la regola dell'affidamento dei servizi tramite gara pubblica, in ossequio ai principi di diritto comunitario”.

7.8. Sul medesimo quadro normativo, la giurisprudenza ha ugualmente statuito che “in buona sostanza deve escludersi a priori l'incompatibilità delle modalità di affidamento contemplate dall'art. 15 del D.L. n. 135 del 2009 con le previsioni della L. 2 aprile 1968, n. 457, atteso che la “salvezza” delle disposizioni contenute in tale legge, relativamente alla gestione delle farmacie comunali, lungi dall'esprimere un indice di incompatibilità fra le due normative in esame, sta a significare unicamente che tali disposizioni, in quanto contenute in una legge speciale, si aggiungono a quelle sopravvenute e con queste ultime non si trovano in rapporto di contrapposizione ma di integrazione e completamento” (T.A.R. Campania Napoli, sez. V – 20/12/2012 n. 5286).

7.9. Inoltre, come del tutto condivisibilmente osservato dal TAR Lombardia – Brescia, sez. II (cfr. pronuncia 13/11/2013, n. 951), “il ragionamento sviluppato resta valido anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 34, comma 25, del D.L. 18/10/2012 n. 179 conv. in L. 17/12/2012 n. 221, il quale racchiude una clausola che – seppur escludendo la diretta applicabilità dei commi da 20 a 22 (che per l'affidamento dei servizi pubblici fanno unicamente rinvio ai canoni comunitari) alle farmacie – non per questo sancisce un divieto generale di operatività dei consolidati principi del diritto europeo, dovendo essere vagliata la compatibilità delle singole scelte con gli obiettivi di interesse pubblico perseguiti dall'ordinamento”.

8. Né l'art. 11, comma 10, del D.L. 1/2012 conv. in L. 27/2012 potrebbe costituire idoneo appiglio normativo per confermare l'assunto dell'impossibilità di separare la titolarità dalla gestione delle farmacie comunali.

8.1. Quest'ultima disposizione, concernente le farmacie di nuova istituzione previste nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti civili, nelle stazioni marittime,

nelle aree di servizio autostradali nonché nei centri commerciali, ha così stabilito: “Fino al 2022, tutte le farmacie istituite ai sensi del comma 1, lettera b), sono offerte in prelazione ai comuni in cui le stesse hanno sede. I comuni non possono cedere la titolarità o la gestione delle farmacie per le quali hanno esercitato il diritto di prelazione ai sensi del presente comma. In caso di rinuncia alla titolarità di una di dette farmacie da parte del comune, la sede farmaceutica è dichiarata vacante”.

8.2. Ebbene, la circostanza che il divieto sia espressamente limitato solo a specifiche categorie di farmacie neo-istituite non implica l’affermazione di un dovere generale di “coincidenza” del binomio titolarità-gestione in capo all’Ente locale autore della prelazione, ma al contrario attesta il valore derogatorio della previsione citata rispetto alla regola generale di apertura ai valori comunitari (così TAR Brescia, sez. II, sentenza n. 951 del 2013 cit.), con conseguente sua non estensibilità analogica ai casi non espressamente disciplinati.

8.3. In ossequio a questi ultimi, quindi, il legislatore ha circoscritto la preclusione della scelta “dissociativa” soltanto a fattispecie peculiari e tassative, rimettendo per tutti gli altri casi ai singoli Enti locali del modello di gestione praticabile.

9. Con l’ultimo motivo i ricorrenti lamentano la violazione dell’art. 2 del d.lgs. n. 267 del 2000, per essere stati privilegiati, da un lato, la partecipazione di società di capitali medio-grandi, dall’altro, l’aspetto economico rispetto a quello qualitativo della prestazione.

9.1. Anche tale motivo è infondato.

9.2. Sotto il primo profilo è sufficiente osservare che, una volta ritenuta legittima la procedura di evidenza pubblica volta all’individuazione del concessionario, non sarebbe legittimamente ipotizzabile né un’esclusione né una compressione della partecipazione alla gara in questione delle società medie-grandi, pena la violazione dei fondamentali principi di par condicio e massima partecipazione in tema di concorrenza.

3.3. Sotto il secondo profilo, il bando ha enucleato criteri di valutazione dell'offerta tecnica dando peso sia alla proposta di gestione della farmacia sia alla sua funzionalità secondo parametri che mirano a premiare l'efficienza del servizio e la sua capacità di migliore tutela della salute, imponendo al concessionario taluni obblighi di tipo pubblicistico, così come dettagliati all'art. 5 (rubricato "Obblighi del gestore e standard di erogazione") e nella Carta della qualità dei servizi della farmacia: in particolare, i concorrenti devono assumere l'impegno a erogare a titolo gratuito diversi servizi, quali la rilevazione della pressione arteriosa, la consegna di farmaci a domicilio per i soggetti fragili, svolgimento di test per l'autoanalisi del colesterolo, trigliceridi, emoglobina ecc. Dette previsioni appaiono, invero, idonee a prevenire il rischio di vanificare la ratio "pubblicistica" sottesa all'esercizio della prelazione comunale, dato che il privato gestore è vincolato all'esecuzione di prestazioni utili alla collettività e alle fasce più deboli della popolazione.

4. In conclusione il gravame deve essere dichiarato in parte inammissibile e in parte infondato.

5. Le spese di giudizio possono essere compensate, alla luce delle oscillazioni giurisprudenziali sul principale punto controverso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile e in parte infondato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

Roberto Vitanza, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/03/2014

IL SEGRETARIO

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