

T.A.R. Lombardia - Sentenza 29/9/2004 , n.4195



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA LOMBARDIA
MILANO**

SEZIONE I

Registro Generale: 1373/2000

nelle persone dei Signori:

EZIO MARIA BARBIERI Presidente
ELENA QUADRI Ref.
LUCA MONTEFERRANTE Ref., relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella Camera di Consiglio del **24 Giugno 2004**

Visto il ricorso 1373/2000 proposto da:

*FEDERFARMA
ASSOCIAZIONE CHIMICA FARMACEUTICA LOMBARDA FRA
TITOLARI DI FARMACIE
FEDERFARMA LOMBARDIA
UBERTINI PAOLA
UNIONE NAZIONALE CONSUMATORI
NIGRO MARIA NADIA
COSCO WANDA*

rappresentati e difesi da:

*GAMBINO AGOSTINO
LUCIANI MASSIMO*

*RIGANO FRANCESCO
LORENZO ACQUARONE*
con domicilio eletto in MILANO
VIA PRIVATA C. BATTISTI, 2
presso
RIGANO FRANCESCO

contro

COMUNE DI MILANO

Rappresentato e difeso da:

*LUCA G. RADICATI di BROZOLO
SURANO MARIA RITA
D'AURIA ELISABETTA
MAFFEY MARIA TERESA*
con domicilio eletto in MILANO
VIA DELLA GUASTALLA, 8
Presso
AVVOCATURA COMUNALE

*REGIONE LOMBARDIA
Non costituita*

*E nei confronti di
AFM – AZIENDA FARMACIE MUNICIPALI DI MILANO S.P.A.*

Rappresentata e difesa da:

GOLDA PERINI MARIO
con domicilio eletto in MILANO
VIA MATTEO BANDELLO, 6
Presso
La propria sede

*E nei confronti di
ADMENTA ITALIA S.P.A. (già GEHE ITALIA S.P.A.)*

Rappresentata e difesa da:

*ROMANO ERCOLE
BAZZANI ALESSANDRA
TESSAROLO COSTANTINO
COSTI RENZO
ALESSANDRI NICOLA*

con domicilio eletto in MILANO

VIA CORNAGGIA, 10
Presso
BAZZANI ALESSANDRA

per l'annullamento

della delibera del Consiglio comunale di Milano del 24.1.2000, n. 479 (impugnata con ricorso notificato il 24.3.2000);

della delibera del Consiglio comunale di Milano del 22.6.2000, n. 56 e della delibera del Consiglio comunale di Milano del 24.7.2000, n. 72 (impugnate con motivi aggiunti notificati il 14.11.2000);

del bando di gara del Comune di Milano per la cessione dell'80% delle azioni della A.F.M. s.p.a. in proprietà del Comune di Milano, dei relativi allegati e di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, e segnatamente della delibera della Giunta Comunale del 15.12.2000 n. 3423 e della determinazione dirigenziale del 21.12.2000 n. 777.011/2000 (impugnate con motivi aggiunti notificati il 23.2.2001);

della delibera della Giunta municipale del 9.4.2001 con la quale è stata ceduta alla Gehe Italia s.p.a. la quota dell' 80% delle azioni della A.F.M. s.p.a. (impugnata con motivi aggiunti notificati il 25.6.2001).

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Visti i ricorsi per motivi aggiunti notificati in data 14.11.2000, 23.2.2001 e 25.6.2001 e la relativa documentazione allegata;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Milano, della A.F.M. s.p.a. e della Admenta Italia s.p.a. (già Gehe Italia s.p.a.) e la relativa documentazione allegata;

Viste le memorie prodotte dalla parti in corso di causa a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti di causa.

Udito il relatore Ref. Luca Monteferrante e uditi i difensori presenti delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

I ricorrenti impugnano la sequenza procedimentale posta in essere dal Comune di Milano con la quale: l'azienda municipalizzata che gestiva le farmacie di proprietà comunale è stata trasformata prima in azienda speciale e, successivamente, in s.p.a.; sono stati approvati lo statuto, il contratto di servizio ed il piano di fattibilità dell'azienda speciale e della s.p.a.; sono state fissate le modalità di cessione della maggioranza del pacchetto azionario della s.p.a.; è stato approvato il bando di gara per la cessione dell'80% delle azioni dell'A.F.M. s.p.a., nonché i criteri della procedura concorsuale ed il prezzo di cessione; la gara è stata aggiudicata alla Gehe Italia s.p.a. con successiva stipula del contratto di cessione in favore di quest'ultima della quota pari all'80% delle azioni della A.F.M. s.p.a..

A fondamento della domanda i ricorrenti prospettano i seguenti motivi di doglianza:

1) Lamentano che la possibilità di deroga al regime ordinario di gestione del servizio di farmacia comunale nella forma dell'impresa collettiva (rappresentato da società costituite tra il Comune ed i farmacisti dipendenti, ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. d) della legge 2 aprile 1968, n. 475) prevista dall'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498 e di cui s'è avvalso il Comune di Milano sarebbe venuta definitivamente meno a seguito dell'espressa abrogazione di quest'ultima norma operata dall'art. 274, lett. w) del d. lgs. 18 agosto

2000 n. 267 con effetti diretti sulla procedura di gara all'epoca in corso, di cui il Comune di Milano, per contro, avrebbe ommesso di tener conto;

2) violazione degli artt. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498; 1 e 2 D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533; 17, comma 51 della legge 15 maggio 1997, n. 127. In particolare lamentano che le delibere con le quali il Comune di Milano ha approvato ed attuato la trasformazione della A.F.M. in società per azioni opererebbero una indebita mescolanza tra il procedimento previsto dall'art. 12 della legge n. 498 del 1992 e dal relativo regolamento esecutivo (D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533) e quello previsto dall'art. 17, comma 51 della legge n. 127 del 1997 con ciò violando il principio di tipicità dei procedimenti amministrativi. Mentre il primo procedimento, infatti, ai fini della costituzione delle società con maggioranza di capitale privato, presuppone la preventiva individuazione, con procedura ad evidenza pubblica, dei soci privati, il secondo, per converso, consente ai comuni di trasformare le proprie aziende speciali, già esistenti, in società per azioni, con atto unilaterale, rimettendo ad una fase successiva la individuazione dei soci privati. Ora, a detta dei ricorrenti, il Comune di Milano, da un lato, avrebbe richiamato il citato art. 12 al fine di gestire il servizio di farmacia a mezzo di una società di capitali a maggioranza di capitale privato, in deroga a quanto previsto dall'art. 9, comma 1, lett. d) della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituito dall'art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362, dall'altro, anziché seguire il procedimento di costituzione della s.p.a. previsto da tale norma derogatoria, avrebbe applicato il distinto procedimento previsto dall'art. 17, comma 51 della legge n. 127 del 1997 a tal fine deliberando la preventiva trasformazione della A.F.M. in azienda speciale e ciò al solo scopo di consentire la creazione in via unilaterale della s.p.a. in via preventiva rispetto alla individuazione dei soci privati; a detta dei ricorrenti il Comune di Milano, così facendo,

avrebbe creato un'azienda speciale senza alcun apprezzamento in ordine alla maggiore idoneità di tale forma di gestione del servizio rispetto alle altre consentite dalla legge (e quindi in assenza dello specifico interesse pubblico richiesto), ma al solo fine di precostituire artificialmente le condizioni per l'applicabilità del meccanismo di cui all'art. 17, comma 51 della legge 127 del 1997 che, come detto, al fine della costituzione in via unilaterale di una s.p.a. presuppone l'esistenza di un'azienda speciale da trasformare;

3) Contestano l'applicabilità, nel caso di specie, del meccanismo di cui all'art. 17, comma 51, citato in quanto, a loro dire, concepito dal legislatore solo con riferimento ad aziende speciali già esistenti ed operanti; a sostegno di tale affermazione deducono che, ai sensi della citata disposizione, il capitale iniziale della società per azioni, costituita grazie alla trasformazione dell'azienda speciale, non può essere inferiore al fondo di dotazione delle aziende speciali risultante dall'ultimo bilancio, il che presuppone di necessità che ad essere trasformata sia un'azienda speciale già esistente ed operante, presupposto, quest'ultimo, non ricorrente nel caso di specie;

4) violazione dell'art. 12, comma 1 della legge n. 498 del 1992. Poiché ai sensi dell'art. 12, comma 1 da ultimo citato la deroga a quanto previsto dall'art. 9, comma 1, lett. d) legge n. 475 del 1968 (necessità della partecipazione, accanto ai comuni, dei farmacisti dipendenti nella gestione del servizio di farmacia a mezzo di società) vale solo nel caso di società senza il vincolo della proprietà comunale maggioritaria, il Comune di Milano avrebbe errato nel far ricorso al procedimento di cui all'art. 17, comma 51 della legge 127 del 1997 in forza del quale la società di gestione viene costituita direttamente dal Comune (che peraltro può rimanere azionista unico addirittura per due anni) e solo successivamente aperta a soci privati di maggioranza il che

contrasterebbe con le previsioni dell'art. 12 della legge n. 498 del 1992 che avrebbero introdotto la deroga al modello di gestione collettiva delle farmacie comunali previsto dall'art. 9, comma 1, lett. d) della legge n. 475 del 1968 solo nel caso in cui venga costituita una s.p.a. senza il vincolo della proprietà maggioritaria;

5) violazione degli artt. 12 della legge 2 aprile 1968, n. 475; 15 quinquies, comma 2, del d. l. 28 dicembre 1989, n. 415; 12 della legge 8 novembre 1991, n. 362; 3, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, contraddittorietà. Difetto di istruttoria.

Allegano i ricorrenti che, seguendo il meccanismo dell'art. 17 della legge n. 127 del 1997, il risultato che si consegue non è quello della disciplina della gestione del servizio ma quello del vero e proprio trasferimento delle farmacie comunali, in palese contraddittorietà con l'intento dichiarato dal Comune di Milano; inoltre il trasferimento delle farmacie comunali, così come deliberato dal Comune di Milano, violerebbe l'art. 12 della legge n. 475 del 1968 a mente del quale il trasferimento può aver luogo solo in favore di farmacista che abbia conseguito la titolarità o che sia risultato idoneo in un precedente concorso. Il fatto poi che il Comune abbia affidato ad un *advisor* esterno la valutazione circa le modalità giuridiche della privatizzazione e la loro compatibilità con il quadro normativo e costituzionale, rappresenterebbe, a dire dei ricorrenti, un vizio di difetto di istruttoria in quanto era compito primario del Comune procedere a tale valutazione a mezzo dei propri uffici;

6) eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità manifesta. I ricorrenti censurano la delibera del 24 gennaio 2000, n. 479 nella parte in cui prevede la successiva stipula di un contratto di servizio tra il Comune e la costituenda società per tutelare l'interesse pubblico e garantire i

livelli occupazionali, mentre, a loro dire, a motivo del procedimento prescelto, non vi sarebbe alcun contratto di servizio da stipulare poiché alla società sarebbe stata trasferita l'azienda farmaceutica e con essa la titolarità delle farmacie comunali.

7) Con il settimo motivo i ricorrenti deducono la violazione dell'art. 7 della legge n. 362 del 1991 ed il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà con riferimento alla delibera n. 56 del 2000 nella parte in cui, in violazione di legge, prevede che alla gara possano partecipare i farmacisti iscritti all'albo che abbiano costituito o si impegnino a costituire una società per azioni.

8) Allegano infine la illegittimità della delibera del Consiglio comunale del 22.6.2000, n. 56, della delibera della Giunta Comunale del 15.12.2000 n. 3423 e del bando nella parte in cui consentono la partecipazione alla gara delle società distributrici di farmaci così introducendo un evidente conflitto di interessi fra quello alla promozione dei prodotti più convenienti per il distributore e quello alla distribuzione imparziale del farmaco, conflitto, questo, radicalmente incompatibile con la logica di un servizio pubblico quale quello di distribuzione del farmaco preordinato alla esclusiva garanzia del godimento del diritto alla salute; a giudizio dei ricorrenti tale ultima censura, se non accolta, comporterebbe l'inevitabile questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, primo comma, lett. a) della legge 362/91, nella parte in cui non estende l'incompatibilità ivi prevista alle società di gestione delle farmacie comunali per violazione degli artt. 3, 32 e 97 della Costituzione.

Resistono il Comune di Milano e le società A.F.M. s.p.a. e Admenta Italia S.p.a. (già Gehe Italia s.p.a) che reputano il ricorso ed i motivi aggiunti inammissibili e comunque infondati nel merito; a tal fine contestano la sussistenza della legittimazione e dell'interesse all'azione

in capo ai ricorrenti nonché la tardiva proposizione dei motivi aggiunti, specificatamente con riguardo all'impugnazione della delibera del 22.6.2000, n. 56, ed, in generale, per l'asserita violazione della regola sulla dimidiazione dei termini in materia di riti accelerati. Nel merito deducono in ordine all'infondatezza dei motivi di ricorso.

Respinte le domande incidentali di sospensione con distinte ordinanze rese alle udienze del 22.3.2001 e del 25.7.2001, in esito alla camera di consiglio del 9.5.2002 il giudizio veniva sospeso avendo il Tribunale ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, primo comma, lett. a) della legge 8.11.1991, n. 362 in relazione all'art. 9 della legge n. 475 del 1968, in riferimento agli artt. 3 e 32 della Costituzione.

Ritualmente riassunto il giudizio, la causa veniva infine trattenuta in decisione all'udienza del 25.3.2004, previo deposito di memorie conclusionali da parte del comune di Milano e della Admenta Italia s.p.a. (già Gehe Italia s.p.a.), per essere infine decisa nella camera di consiglio del 24.6.2004.

DIRITTO

Il ricorso è fondato e va conseguentemente accolto ai sensi di cui in motivazione.

Con riguardo alle questioni preliminari occorre innanzitutto esaminare l'eccezione di tardività dei motivi aggiunti in quanto proposti oltre il termine dimidiato di trenta giorni. Occorre premettere, al riguardo, che non vi sono dubbi circa l'applicabilità al caso di specie delle regole sui termini processuali previste dall'art. 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, inserito dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205: gli atti della serie procedimentale per cui è causa sono infatti

sussumibili sia nell'ipotesi di cui alla lettera e), in quanto afferenti ad un procedimento di privatizzazione c.d. sostanziale, sia nell'ipotesi di cui alla lettera c), trattandosi di provvedimenti relativi ad una procedura di aggiudicazione di un servizio pubblico in ciò risolvendosi l'individuazione del cessionario del pacchetto di maggioranza di una s.p.a. conferitaria della gestione delle farmacie comunali.

Meno scontata è la risposta alla domanda se la regola della dimidiazione dei termini si applichi anche alla proposizione di motivi aggiunti. Sebbene dopo le prime contrastanti prese di posizione della giurisprudenza amministrativa di primo e di secondo grado, l'orientamento più recente del Consiglio di Stato sia nel senso dell'applicabilità della regola della dimidiazione anche ai termini per la proposizione dei motivi aggiunti, il Collegio ritiene di doverne avvertire il contrario avviso. E' noto infatti che, ai sensi dell'art. 23 bis, comma 2, "I termini processuali previsti sono ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso". La norma contempla una disposizione di carattere generale sulla riduzione alla metà dei termini processuali ed una disposizione derogatoria con riferimento ai termini per la proposizione del ricorso. La questione di carattere interpretativo che si impone all'attenzione del Collegio si risolve nella risposta all'interrogativo se la citata previsione derogatoria abbia o meno carattere tassativo. A tal riguardo il Consiglio di Stato, Ad. plen., 31 maggio 2002, n. 5, pur riconoscendo la portata generale della regola della riduzione a metà dei termini processuali, derogabile solo nei casi "espressamente" indicati dalla legge, al contempo riconosce esplicitamente che la regola della riduzione a metà non opera per la notifica del ricorso incidentale, ipotesi questa non espressamente contemplata dalla legge: il criterio di interpretazione letterale della norma non risulta pertanto decisivo per il Supremo Consesso che, per contro, apre al criterio logico e teleologico.

A tal proposito è sempre il Consiglio di Stato, nella citata sentenza, ad evidenziare, nell'esame della *ratio* della disposizione derogatoria alla regola generale sulla dimidiazione dei termini, che il legislatore “si è dato carico delle difficoltà che erano state prospettate a proposito della precedente disciplina speciale, ed in particolare quelle connesse alla fase, prodromica alla instaurazione del giudizio, nella quale la parte, sfornita di un difensore, deve reperirlo ed affidare al medesimo le proprie difese”. Ora, a parere del Collegio, l'istanza di garanzia in cui si condensa la *ratio* della previsione derogatoria sussiste anche con riguardo alla proposizione di motivi aggiunti allorché la parte impugna un autonomo e distinto provvedimento connesso con l'oggetto del giudizio in corso: non a caso la deroga concerne non il (solo) termine per la proposizione del ricorso bensì “quelli” (e quindi tutti quelli previsti) per la proposizione del ricorso tra i quali la stessa Adunanza Plenaria ha individuato, esemplificativamente, il termine per la proposizione del ricorso incidentale; la previsione derogatoria, tuttavia, è suscettibile di essere estesa anche alla proposizione di motivi aggiunti non potendosi dubitare che, dal punto di vista formale (con riferimento al meccanismo di proposizione della domanda: notifica, deposito ecc...) e sostanziale (con riferimento ai criteri di identificazione della domanda: *petitum* e *causa petendi*), l'impugnazione tramite motivi aggiunti di un distinto provvedimento adottato in pendenza del ricorso e connesso all'oggetto del ricorso stesso, come nel caso di specie, equivalga alla proposizione di un distinto ricorso che, solo per ragioni di economia processuale derivanti dalla connessione oggettiva, dà luogo ad un processo simultaneo. La proposizione di motivi aggiunti equivale, dunque, a proposizione di un nuovo ricorso per la stessa ragione per la quale una autorevolissima dottrina ha ritenuto che ciascun motivo di ricorso costituisca astrattamente un autonomo ricorso, con la

conseguenza che il ricorso proposto nella forma dei motivi aggiunti soggiace, pertanto, agli stessi termini di ricorso previsti, per regola generale, per qualsiasi ricorso.

Una tale affermazione risulta corroborata dalla considerazione che, da un lato, la parte resta comunque libera di scegliere se procedere all'impugnazione del nuovo provvedimento con autonomo ricorso giurisdizionale, dall'altro, se opta per il *simultaneus processus* dovrà comunque procedere al conferimento di una nuova procura alle liti per l'impugnazione del nuovo atto a conferma del carattere autonomo della nuova azione che non resta contraddetto dall'unicità della trattazione delle domande (sulla necessità di una nuova procura alle liti si veda Cons. Stato, VI, 31 luglio 2003, n. 4440). Ma se dal punto di vista formale e sostanziale la proposizione di motivi aggiunti, nell'ipotesi di cui all'art. 21, comma 1, della legge 1034 del 1971, equivale alla proposizione di un distinto ed autonomo ricorso (con l'unica differenza che la valutazione circa la connessione anziché essere rimessa ad una valutazione successiva del giudice è operata in via preventiva dalla parte) non v'è motivo per escludere l'applicabilità, al caso di specie, della deroga contemplata dall'art. 23 bis, comma 2 e valevole per tutti i termini previsti, per l'appunto, per la proposizione del ricorso. Diversamente opinando la norma risulterebbe gravemente sospetta di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 della Costituzione: se infatti la previsione di cui all'art. 21 della legge 1034 del 1971 ha carattere eminentemente processuale e finalità di concentrazione, mentre, dal punto di vista sostanziale, l'impugnazione tramite motivi aggiunti del nuovo provvedimento, adottato in pendenza del ricorso, deve ritenersi in tutto e per tutto equivalente all'impugnazione con autonomo ricorso giurisdizionale, appare del tutto irragionevole, *ceteris paribus*, predicare la diversità del termine per la proposizione del ricorso. Tale grave

incongruenza non pare neppure superabile con l'argomentazione valorizzata in alcune pronunce (cfr. ad esempio Cons. Stato, VI, 6 luglio 2002, n. 3717) secondo cui i motivi aggiunti, a differenza del ricorso principale, sono proposti quando il giudizio è già stato iniziato ed il ricorrente già dispone dell'assistenza di un legale: una tale argomentazione infatti può, al più, essere addotta per confutare il parallelismo prospettato, in altre pronunce, tra ricorso principale e motivi aggiunti ma non supera le gravi incongruenze prospettate nell'accogliere la tesi della diversità del termine di proposizione del ricorso in via autonoma rispetto al termine in caso di impugnazione proposta a mezzo di motivi aggiunti avverso un provvedimento connesso adottato in pendenza di giudizio, poiché in entrambi i casi menzionati il ricorrente risulta già assistito da un legale nel giudizio avente ad oggetto la legittimità del primo provvedimento impugnato sicché, a parità di garanzie di difesa tecnica ed a fronte di strumenti di tutela equivalenti, nessuna motivazione può essere addotta per giustificare il diverso termine di proposizione della nuova impugnazione.

Un'ultima argomentazione può essere addotta a sostegno della ricevibilità dei motivi aggiunti; poiché, nel caso di specie, i ricorsi proposti con lo strumento dei motivi aggiunti hanno tutti i requisiti di sostanza e di forma di un ricorso proposto in via autonoma (tanto è vero che, come noto, l'istituto dei motivi aggiunti è stato modellato dalla giurisprudenza sul ricorso principale), in applicazione del generale principio della prevalenza della sostanza sulla forma nella qualificazione degli atti giuridici e di quello del raggiungimento dello scopo, possono essere autonomamente riqualificati dal giudice alla stregua di autonomi ricorsi, tempestivamente proposti nel termine decadenziale generale di 60 giorni, e trattati unitariamente al ricorso principale in forza di un implicito provvedimento di riunione.

Peraltro anche qualora si dovesse andare di diverso avviso in ordine all'interpretazione dell'art. 23 bis, comma 2, qui prospettata, con conseguente irricevibilità dei motivi aggiunti, il Collegio ritiene comunque che nel caso di specie sussisterebbero i presupposti individuati dalla giurisprudenza per la concessione del beneficio dell'errore scusabile. E' noto infatti che l'istituto dell'errore scusabile deve ritenersi applicabile ad ogni ipotesi di invalidità o irregolarità degli atti processuali collegata al mutare della disciplina legislativa, alla difficoltà obiettiva di interpretazione od alle innovazioni nella giurisprudenza amministrativa (cfr. da ultimo in termini Consiglio di Stato, Ad plen., 31 maggio 2002, n. 5). Nel caso di specie i motivi aggiunti risultano notificati in data 14.11.2000, 23.2.2001, 25.6.2001 ad appena quattro mesi di distanza dall'entrata in vigore della novella introdotta dalla legge 205 del 2000, il primo, sette mesi il secondo, undici mesi il terzo: trattasi di un arco di tempo assai prossimo all'entrata in vigore della novella sicchè non era davvero esigibile da parte dei ricorrenti la conoscenza dei risvolti problematici insiti nell'interpretazione dell'art. 23 bis, comma 2 citato. Aggiungasi che le prime pronunce giurisprudenziali sull'applicabilità della regola della dimidiazione dei termini anche alla proposizione dei motivi aggiunti sono risultate tutt'altro che univoche, anzi si rinvengono significativi precedenti proprio nel senso della inapplicabilità di tale regola (così Cons. Stato, VI, 17 luglio 2001, n. 3962; Cons. Giust. Amm. Reg. sic. 12 giugno 2001, n. 287; TAR Sicilia, Sez. II, 4 marzo 2002, n. 673; TAR Lombardia 29 gennaio 2002, n. 379; TAR Lombardia 6 novembre 2002 n. 4262) a conferma della difficoltà obiettiva di interpretazione della citata norma, con la quale anche la presente decisione ha dovuto misurarsi.

Quanto alla eccezione di irricevibilità per tardività della impugnazione avverso la delibera del 22 giugno 2000, n. 56 essa è infondata.

Con l'atto di motivi aggiunti notificato in data 14 novembre 2000 i ricorrenti hanno impugnato, tra l'altro, la deliberazione del Consiglio comunale del 22.6.2000, pubblicata, unitamente ai relativi allegati, all'albo pretorio dal 27.6.2000 al 12.7.2000 e divenuta esecutiva a decorrere dal 26.7.2000, data in cui l'O.RE.CO. ha comunicato la sua approvazione. Secondo il Comune di Milano il termine per l'impugnazione della delibera in questione sarebbe iniziato a decorrere dall'ultimo giorno di pubblicazione e cioè dal 12 luglio 2000 e scaduto il 26.10.2000 sicchè l'atto di motivi aggiunti notificato solo il 14 novembre 2000 dovrebbe reputarsi tardivo. L'eccezione di tardività, sempre a dire del Comune, sussisterebbe anche nell'ipotesi in cui venisse considerato come *dies a quo* per il decorso del termine di impugnazione la data di esecutività della delibera, cadente, come detto, in data 26.7.2000: in questo caso, infatti, il sessantesimo giorno verrebbe a scadere in data 9.11.2000.

A tal riguardo occorre rammentare che con la delibera in questione il Comune di Milano aveva approvato la trasformazione della A.F.M. in azienda speciale e, contestualmente, la sua trasformazione in s.p.a.; al contempo aveva approvato lo statuto, il contratto di servizio ed il piano di fattibilità sia dell'azienda speciale che della s.p.a.; infine aveva approvato i criteri per la scelta del socio privato cui cedere la maggioranza del pacchetto azionario della A.F.M. s.p.a.. Su tale delibera, pubblicata pacificamente sull'albo pretorio dal 27.6.2000 al 12.7.2000, ha esercitato il proprio controllo l'O.Re.Co. formulando rilievi; tali rilievi sono stati recepiti dal Consiglio Comunale di Milano che con deliberazione del 24 luglio 2000, n. 72, anch'essa impugnata, ha

deliberato talune modifiche al dispositivo della precedente delibera n. 56; il controllo è stato quindi esercitato positivamente su entrambe le delibere in data 26.7.2000.

Ora, secondo i principi generali in tema di validità ed efficacia degli atti amministrativi, deve senz'altro escludersi che la semplice pubblicazione di un atto perfetto ma non efficace, in quanto in attesa della pronuncia dell'organo di controllo, comporti il decorso del termine di impugnazione: ed infatti in questa ipotesi la conoscenza legale opera pur sempre in relazione ad un atto (possibilmente valido ma pur sempre) inefficace in quanto tale inidoneo ad incidere sulla sfera giuridica dell'interessato che, conseguentemente, non ha interesse alcuno all'impugnazione (cfr. Cons. Stato, Ad. Plenaria, n. 9 del 13.5.1991). Deve pertanto escludersi che il decorso del termine di impugnazione della delibera n. 56 possa essere ricondotto ad una data anteriore alla pronuncia positiva dell'organo di controllo.

A ben vedere deve altresì escludersi che, nel caso di specie, il decorso del termine di impugnazione possa farsi coincidere con il giorno 26.7.2000 data in cui l'O.Re.Co. ha comunicato la sua approvazione. Poiché infatti una tale approvazione, come detto, incide, secondo i principi generali, sull'efficacia della delibera sottoposta al controllo e quindi rappresenta un requisito indefettibile della possibile lesività della determinazione amministrativa, appare altresì evidente che l'avvenuta pubblicazione di una delibera quando ancora questa era inefficace (perché in attesa della pronuncia dell'organo di controllo), determina una conoscenza legale imperfetta come tale inidonea al decorso del termine di impugnazione: l'esito del controllo, che tramuta in atto la potenzialità o possibilità lesiva insita nella deliberazione adottata, non può essere sottratto al medesimo regime di pubblicità cui soggiace l'atto che va a completare quale requisito di efficacia o comunque presuppone che

l'interessato ne abbia avuto piena conoscenza *aliunde* (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., n. 20 del 1985). Nel caso di specie un tale onere di completamento delle operazioni inerenti la pubblicazione della delibera n. 56 può ritenersi assolto solo tramite la pubblicazione della successiva delibera n. 72 che ha, quanto meno, integrato se non proprio sostituito la precedente delibera n. 56, in accoglimento dei rilievi mossi dall'organo di controllo. Ora, premesso che la pubblicazione della delibera n. 72 è avvenuta nel periodo di sospensione feriale dei termini processuali, è evidente che se la si considera come interamente sostitutiva o anche come semplicemente confermativa della precedente delibera n. 56 (atteso il sicuro riesercizio della potestà amministrativa, alla luce dei rilievi mossi dall'O.Re.Co.) l'atto di motivi aggiunti è sicuramente tempestivo (la data di decorrenza del termine di impugnazione andrà a cadere il 16 settembre ed il sessantesimo giorno scadrà il 14.11.2000, data il cui l'atto è stata notificato); ma anche a volerla ritenere come meramente integrativa della precedente delibera n. 56 nelle sole parti interessate dai rilievi dell'organo di controllo, la conclusione non cambierebbe, poiché, seguendo una tale prospettazione, dovrebbe comunque concludersi, come sopra evidenziato ed in assenza di prova contraria (che, secondo la costante giurisprudenza, incombe su chi eccepisce la tardività dell'impugnazione), che i ricorrenti abbiano potuto apprendere dell'esito positivo del controllo della delibera n. 56 solo attraverso la pubblicazione della successiva delibera n. 72, pubblicazione avvenuta, come detto, nel periodo di sospensione feriale dei termini processuali con conseguente decorso del termine di impugnazione solo a far data dal 16.9.2000 e sicura tempestività dell'atto di motivi aggiunti in questione.

Passando all'esame delle ulteriori questioni preliminari e, segnatamente, dell'eccezione di difetto di legittimazione e di difetto di interesse all'impugnazione in capo ai ricorrenti, prospettate dal Comune

di Milano, va subito detto che esse sono infondate, almeno nei limiti in cui esse rilevano ai fini di causa.

Innanzitutto, non pare possa dubitarsi della legittimazione dell'Unione nazionale consumatori che, quale associazione di utilità sociale senza fini di lucro, ha, tra i propri scopi statutari, “quelli di rappresentare e tutelare indistintamente gli interessi di tutti i consumatori, intesi anche come utenti di servizi pubblici e privati, difendendo – se del caso anche dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria ed amministrativa e negli organismi internazionali – i loro diritti civili” (così art. 2 dello Statuto). Come noto l'art. 3 della legge 28 luglio 1998, n. 281 riconosce espressamente a tali associazioni, purchè iscritte in un albo speciale (e l'Unione nazionale consumatori notoriamente lo è) la legittimazione ad agire a tutela degli interessi collettivi richiedendo al giudice competente di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi e dei diritti dei consumatori e degli utenti tra i quali viene espressamente menzionato, all'art. 2, il diritto alla salute. Nel caso di specie l'Unione agisce proprio a tutela del diritto alla salute degli utenti del servizio pubblico di distribuzione al dettaglio dei farmaci, censurando il cattivo esercizio del potere di organizzazione delle farmacie comunali in quanto finalizzato a realizzare una privatizzazione sostanziale della gestione attraverso un modulo (implicante il possibile controllo della società di gestione da parte di una grande società di distribuzione dei farmaci) reputato pregiudizievole per la salute degli utenti.

La legittimazione dell'Unione trova altresì fondamento nella legge n. 383 del 7 dicembre 2000 sulle associazioni di promozione sociale e cioè quelle associazioni, quale l'Unione nazionale consumatori, costituite al fine di svolgere attività di utilità sociale a favore di associati e terzi senza finalità di lucro e nel pieno rispetto della libertà e dignità

degli associati. L'art. 27 di tale legge attribuisce a tali associazioni la legittimazione a ricorrere in sede giurisdizionale amministrativa per l'annullamento di atti lesivi degli interessi collettivi concernenti le finalità generali perseguite dall'associazione tra le quali vi è, come detto, la rappresentanza e la tutela degli interessi e dei diritti dei consumatori intesi anche come utenti di servizi pubblici. Nessun dubbio pertanto che l'Unione nazionale consumatori possa contestare la legittimità dell'esercizio della potestà organizzatoria del Comune di Milano in ordine alla privatizzazione della gestione delle farmacie comunali laddove ritenuta pregiudizievole del diritto alla salute, statutariamente annoverabile tra le finalità di tutela assunte dalla formazione sociale in questione che aggrega utenti di servizi pubblici.

Legittimata all'azione è sicuramente anche la dottoressa Paola Ubertini, farmacista libera professionista ma non titolare di farmacia, in quanto dall'annullamento degli atti della procedura conseguirebbe il vantaggio della rimessa in discussione del rapporto giuridico e con esso la possibilità che l'amministrazione, a seguito del riesame della vicenda, in ipotesi di accoglimento dei motivi di censura proposti, pervenga alla diversa decisione di procedere alla vendita dei singoli esercizi farmaceutici che essa potrebbe aggiudicarsi non essendo al momento titolare di farmacia, con conseguente inoperatività della norma di cui all'art. 7 della legge n. 362 del 1991 che fa divieto di condurre più di una farmacia privata. A tal proposito va infatti evidenziato che la dottoressa Ubertini è tra i farmacisti che, con lettera del 3.2.2000, inoltrata a mezzo del legale rappresentate dell'associazione di categoria (cfr. doc. 4 in fascicolo ricorrenti allegato ai motivi aggiunti del 22.2.2001 notificati il 23.2.2001), hanno indirizzato al Comune di Milano una proposta irrevocabile di acquisto delle ottantaquattro farmacie comunali, circostanza questa che la rende titolare di un interesse personale (sebbene

seriale), attuale e concreto all'odierna impugnativa. Così identificata la legittimazione sostanziale al ricorso della dottoressa Umbertini, non pare possa escludersi l'interesse all'azione per non avere essa proposto domanda di partecipazione alla gara; il principio di non contraddittorietà induce ad escludere che l'interessato possa essere onerato della presentazione di una domanda di partecipazione ad una gara che non ha interesse (per i motivi più disparati) a vedersi aggiudicata. In questo caso l'interesse della ricorrente non riposa nella possibilità di una riedizione della gara secondo modalità o presupposti differenti che possano condurre ad una aggiudicazione in proprio favore bensì nel mero annullamento della stessa e nella conseguente rimessa in discussione dell'intero rapporto che possa favorire l'assunzione di una decisione, alternativa rispetto alla indizione della gara per cui è causa, auspicabilmente soddisfattiva della propria aspettativa di vedersi assegnata la piena titolarità di una farmacia, conformemente alla proposta irrevocabile di acquisto a suo tempo formalizzata.

Ugualmente legittimate appaiono sia la Federfarma – Federazione Nazionale Unitaria dei titolari di Farmacia italiani sia la Federfarma Lombardia – Unione Regionale delle Associazioni Provinciali dei titolari di Farmacia della Lombardia in quanto i farmacisti titolari di farmacia, unitariamente rappresentati dalle associazioni territoriali di categoria, hanno indubbiamente interesse a che le previsioni contenute negli atti della procedura, circa i requisiti soggettivi dei partecipanti alla gara indetta dal Comune di Milano, siano conformi a legge in quanto tale aspetto incide, evidentemente, sia sulla stessa possibilità di partecipazione (in relazione al settimo motivo di ricorso), sia sulle *chance* che gli appartenenti alla categoria hanno di aggiudicarsi la gara; uno dei motivi di censura si incentra, infatti, sulla pretesa illegittimità della scelta, contenuta nella delibera del 22 giugno 2000, n. 56 e recepita

nel bando di gara, di aprire la partecipazione a società di distribuzione dei farmaci, il che indubbiamente limita le possibilità di aggiudicazione per le costituite società tra titolari di farmacie private (previste dal bando di gara) e ne scoraggia finanche la costituzione (atteso il costo e la gravosità degli adempimenti connessi), donde la sussistenza della utilità strumentale rappresentata dalla rimessa in discussione del rapporto e dalla conseguente possibile riformulazione del bando di gara nel senso auspicato dalle associazioni ricorrenti e più favorevole agli associati che vedrebbero in tal modo eliminata la temibile concorrenza delle grandi società di distribuzione e favorita la loro partecipazione alla gara. D'altro canto non può nemmeno escludersi la sussistenza di un interesse al semplice annullamento della gara che conservi lo *status quo*, reputato dalla categoria meno pregiudizievole degli interessi economici degli associati, anche in considerazione del fatto che la stessa partecipazione alla gara è considerata, di fatto, interdetta ai titolari di farmacia privata dall'art. 7, commi 5 e 6, della legge 362 del 1991 nonché dall'art. 112, comma 2, del R.D. n. 1265 del 1934 (che vieta al farmacista, sia esso imprenditore individuale o collettivo, la conduzione di più di una farmacia privata) la cui violazione è persino disciplinarmente sanzionata con la sospensione del farmacista dall'albo professionale (cfr. art. 8, comma 3 della legge n. 362 del 1991): non pare possa al riguardo negarsi la legittimazione dell'associazione di categoria a far valere la illegittimità di una clausola che, in contrasto con una previsione di legge, ammetta la partecipazione ad una gara che, in caso di esito positivo, potrebbe originare una sanzione disciplinare a carico del farmacista risultato aggiudicatario; per la stessa ragione non pare possa negarsi la legittimazione dei farmacisti titolari di farmacia, ricorrenti in proprio, per non aver presentato domanda di partecipazione ad una gara non aggiudicabile, nella loro prospettazione, se non sotto comminatoria di

una grave sanzione disciplinare: l'onere di partecipazione alla gara sussiste, ai fini della legittimazione al ricorso, nella misura in cui sia giuridicamente possibile e lecita, non qualora esponga il partecipante a conseguenze pregiudizievoli. Superfluo poi aggiungere che l'eventuale infondatezza della censura non incide sulla sussistenza della legittimazione ma rifluirà esclusivamente sul merito della domanda.

Poiché il ricorso principale configura un'ipotesi di cumulo soggettivo, l'accertata infondatezza della preliminare eccezione di difetto di legittimazione in capo all'Unione nazionale consumatori, alla dottoressa Paola Ubertini, alla Federfarma ed alla Federfarma Lombardia, consente di ritenere assorbite le ulteriori eccezioni in punto di legittimazione sollevate dal Comune di Milano con la precisazione che nessuno dei ricorrenti è sicuramente legittimato, né ha tanto meno interesse, a far valere la violazione dell'art. 12, comma 2, della legge 362 del 1991 nella parte in cui riconosce in capo ai dipendenti delle farmacie comunali un diritto di prelazione all'acquisto degli esercizi farmaceutici (nella specie asseritamene leso dalla scelta della gestione in forma societaria delle farmacie comunali), potendo una tale doglianza, evidentemente, essere fatta valere solo dai dipendenti delle farmacie comunali, titolari del relativo diritto, che tuttavia non figurano tra i ricorrenti. Difettando le menzionate condizioni dell'azione dev'essere altresì dichiarato il difetto di rilevanza della questione di costituzionalità prospettata dai ricorrenti con riferimento a tale ultimo motivo di doglianza (cfr. p. 19 del ricorso).

Con la memoria finale del 19.3.2004 il Comune di Milano (come pure la Admenta Italia s.p.a.) eccepisce inoltre l'inammissibilità dell'ultimo atto di motivi aggiunti in quanto non notificato all'Unione Nazionale Consumatori quale parte originaria costituita nel processo; eccepisce altresì l'inammissibilità del ricorso proposto dall'Unione

Nazionale Consumatori in quanto avrebbe omesso di impugnare il provvedimento finale di aggiudicazione assunto con deliberazione di Giunta del 9.4.2001 n. 994 (ed infatti la predetta associazione non risulta tra i proponenti dei motivi aggiunti notificati in data 25.6.2001 che, per l'appunto, hanno per oggetto l'impugnazione della delibera da ultimo citata).

La prima eccezione è manifestamente infondata in quanto, ai sensi dell'art. 21 della legge 1034 del 1971 (con previsione estensibile alla disciplina dei motivi aggiunti), il ricorso dev'essere notificato, a pena di inammissibilità, all'organo che ha emesso l'atto ed ad almeno uno dei controinteressati non anche ai cointeressati qual è, nel caso di specie, pacificamente, l'Unione Nazionale Consumatori.

Altrettanto infondata è la seconda eccezione. La mancata impugnazione dell'atto di aggiudicazione con cui è stata definita la fattispecie procedimentale non rende inammissibile il ricorso in quanto il vincolo di stretta presupposizione logica che lega il bando di gara con il provvedimento finale di aggiudicazione fa sì che l'eventuale annullamento del bando determini la caducazione automatica dell'aggiudicazione in quanto affetta dal vizio di illegittimità derivata. Inoltre, anche nell'ipotesi in cui non si volesse accogliere la contrastata tesi dell'effetto automaticamente caducante, dal giudicato d'annullamento del bando discenderebbe comunque l'obbligo per l'amministrazione di procedere all'annullamento d'ufficio del provvedimento di aggiudicazione, versandosi in un'ipotesi di c.d. autoannullamento doveroso (laddove la doverosità dell'annullamento discende dal c.d. effetto conformativo del giudicato) sicchè non può negarsi l'ammissibilità del ricorso e la permanenza dell'interesse alla pronuncia giurisdizionale pur a fronte della sopravvenuta inoppugnabilità del provvedimento finale.

L'accertata infondatezza delle questioni preliminari consente di ritenere superato l'esame dell'eccezione di giudicato interno formatosi, a dire dei ricorrenti, sulle medesime questioni (nel senso della loro infondatezza) in seguito alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, lett. a) della legge 8 novembre 1991, n. 362 resa con sentenza n. 275 del 2003 in esito a giudizio incidentale promosso dall'adito Tribunale.

Passando all'esame del merito, i ricorrenti lamentano che, in forza dell'art. 274, lett. w) del d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267, sarebbe venuta meno la possibilità di deroga al modello di gestione delle farmacie comunali tramite impresa collettiva previsto dall'art. 9, comma 1, lett. d) della legge n. 475 del 1968 (società per azioni costituite in via esclusiva con i farmacisti dipendenti del Comune) sicchè illegittimamente il Comune di Milano avrebbe fatto perdurante applicazione della norma derogatoria di cui all'art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498 aprendo la partecipazione alla gara anche a soggetti diversi dai dipendenti delle farmacie comunali. Il motivo di censura è manifestamente infondato dovendosi escludere l'incidenza della sopravvenuta normativa sugli atti della procedura in questione.

Nel caso di specie il bando di gara è stato adottato con delibera di Giunta del 15.12.2000, n. 3423. A quella data la società per azioni di gestione delle farmacie comunali era già stata costituita (in deroga alla previsione di cui all'art. 9, comma 1, lett. d della legge 475 del 1968) in forza della delibere n. 56 del 22 giugno 2000 e n. 72 del 24.7.2000. I ricorrenti allegano che il testo originario dell'art. 116 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 escludeva qualunque possibilità di derogare all'art. 9 della legge n. 475 del 1968 atteso che, accanto all'abrogazione esplicita dell'art. 12 della legge n. 498 del 1992, disposta dall'art. 274, lett. w del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, prevedeva che gli enti locali potessero

“costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria anche in deroga a disposizioni di legge specifiche”; così disponendo, a loro dire, il testo unico autorizzava deroghe solo alle norme relative al vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, non certo a quelle relative all’identità dei soci eligibili quali *partners* di società per azioni di gestione delle farmacie comunali; in particolare, nella citata formulazione, la norma non consentiva affatto deroghe all’art. 9, primo comma, lett. d), della legge 2 aprile 1968, n. 475 a mente del quale le eventuali società di gestione delle farmacie comunali possono essere costituite dall’ente locale solo con i farmacisti dipendenti. Una tale opzione ermeneutica sarebbe, sempre secondo i ricorrenti, ulteriormente avvalorata dalle modifiche introdotte al citato art. 116 dall’art. 2 ter del d.l. 27 dicembre 2000, n. 392 (introdotto dalla legge di conversione 28 febbraio 2001, n. 26) che così recita “All’articolo 116, comma 1, primo periodo, del testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, le parole “anche in deroga a disposizioni di legge specifiche” sono sostituite dalle seguenti “anche in deroga ai vincoli derivanti da disposizioni di legge specifiche””; così facendo il legislatore avrebbe, a loro dire, confermato che la deroga riguardava e riguarda solo il vincolo della proprietà maggioritaria e non anche altre disposizioni quali il più volte citato art. 9 della legge n. 475 del 1968.

A tal proposito è sufficiente osservare, a prescindere dalla effettiva portata delle citate modifiche normative, che gli artt. 116 e 274 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, nessuna rilevanza possono aver in ordine alla legittimità delle delibere n. 56 del 22.6.2000 e n. 72 del 24.7.2000 in quanto adottate prima dell’entrata in vigore del testo unico sugli enti locali. Alla medesima conclusione deve pervenirsi per quanto riguarda la delibera di Giunta n. 3423 del 15.12.2000 con la quale, tra le altre cose, è

stato approvato il bando di gara poiché, sebbene adottato nel vigore del testo unico sugli enti locali, il citato art. 116, in quanto contenuto in un testo unico meramente compilativo, con finalità di mera razionalizzazione della normativa esistente in materia (cfr. art. 31, comma 1, della legge n. 265 del 1999), non poteva, a pena di illegittimità costituzionale, introdurre previsioni di carattere innovativo; pertanto, in assenza di una espressa previsione contenuta nella legge di delega, non poteva disporre la abrogazione della norma derogatoria contenuta nell'art. 12 della legge n. 498 del 1992 senza procedere ad una contestuale riedizione della stessa previsione derogatoria nell'ambito di un intervento di razionalizzazione e semplificazione normativa. Ciò è quanto, per l'appunto, ha fatto il legislatore delegato che, dopo aver espressamente abrogato l'art. 12 della legge n. 498 del 1992, ha contestualmente riprodotto la previsione derogatoria, ivi contenuta, nell'art. 116, laddove, nel consentire la costituzione di s.p.a. senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, prevede tale possibilità "anche in deroga a disposizioni di legge in materia"; ne discende, conclusivamente, che una interpretazione costituzionalmente orientata (onde non incorrere nel vizio di eccesso di delega) impone di interpretare la deroga contemplata dall'art. 116 come non limitata alle norme relative al vincolo della proprietà pubblica maggioritaria ma come estensibile alle norme relative alla individuazione dei requisiti soggettivi dei soci di società di gestione delle farmacie comunali, rappresentate, nel caso di specie, dall'art. 9 della legge n. 475 del 1968. Infine, alcun rilievo può essere riconosciuto alla modifica introdotta dall'art. 2 ter del d. l. 27 dicembre 2000, n. 267, inserito dalla legge di conversione 28 febbraio 2001 n. 26, trattandosi di norme entrate in vigore successivamente al 15.12.2000 (in cui è stato adottato il bando), data oltre la quale la *lex specialis* della procedura di gara è divenuta insensibile alle

sopravvenienze normative in applicazione del principio *tempus regit actum*.

Anche il secondo ed il terzo motivo di doglianza sono infondati.

Lamentano i ricorrenti che le delibere con le quali il Comune di Milano ha approvato ed attuato la trasformazione della A.F.M. in società per azioni opererebbero una indebita mescolanza tra il procedimento previsto dall'art. 12 della legge n. 498 del 1992 e dal relativo regolamento esecutivo (D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533, in particolare agli artt. 1 e 2) e quello previsto dall'art. 17, comma 51 della legge n. 127 del 1997, con ciò violando il principio di tipicità dei procedimenti amministrativi. Contestano inoltre l'applicabilità, nel caso di specie, del meccanismo di cui all'art. 17, comma 51, citato, in quanto, a loro dire, concepito dal legislatore solo con riferimento ad aziende speciali già esistenti ed operanti mentre la A.F.M. non era azienda speciale ma in azienda speciale sarebbe stata artificiosamente trasformata, in assenza di un pubblico interesse specifico, al solo fine di rendere applicabile l'art. 17, comma 51 della legge n. 127 del 1997.

Ora, dall'esame dell'art. 12 della legge n. 498 del 1992 non emerge in alcun modo che la possibilità di costituire una società per azioni in deroga a quanto previsto dall'art. 9, comma 1, lett. d) della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituito dall'art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362, debba necessariamente avvenire secondo le forme del D.P.R. 16 settembre 1996, n. 533 che, successivamente, ha dato attuazione al secondo comma del citato art. 12: nessuna indicazione di ordine letterale, logica o teleologica milita in tal senso; correttamente pertanto il Comune di Milano ha, da un lato, richiamato l'art. 12 della legge 498/92 al fine di avvalersi della deroga ivi prevista circa i soci ammessi a partecipare alla costituenda s.p.a. e, dall'altro, ha seguito il procedimento di costituzione disciplinato dall'art. 17, commi 51 e 55, della legge 127 del 1997 che

peraltro, nel comma 55, richiama proprio la procedura prevista dall'art. 12 della legge n. 498 del 1992 relativamente alle modalità di dismissione di partecipazioni azionarie nelle società di capitali costituite ai sensi del comma 51, circostanza, questa, che conferma una quanto meno parziale sovrapposibilità delle due previsioni normative. Il fatto poi che il procedimento di trasformazione previsto dalla legge n. 127 fosse applicabile alle sole aziende speciali ha indotto il Comune di Milano alla preventiva trasformazione della A.F.M., azienda municipalizzata, in azienda speciale ma tale trasformazione non può reputarsi illegittima poiché una tale misura organizzativa rinveniva il proprio fondamento e ragione d'essere proprio nell'intento di procedere alla costituzione della s.p.a. secondo il procedimento di cui alla legge 127 del 1997, finalità, questa, di indubbio interesse pubblico in quanto tesa a rendere possibile la gestione del servizio attraverso un modulo (la s.p.a.) reputato più efficiente; inoltre la trasformazione in azienda speciale dell'azienda municipalizzata di gestione delle farmacie comunali era comunque obbligatoria ai sensi dell'art. 4, comma 3, del d. l. 31.1.1995, n. 26, convertito in legge 29.3.1995, n. 95, che imponeva di adeguare le preesistenti aziende municipalizzate al nuovo modello delle aziende speciali introdotto dalla legge 142 del 1990, che, pertanto, diveniva modello di riferimento nella gestione diretta dei servizi pubblici locali; ne discende, a tacer d'altro, che la delibera di trasformazione in azienda speciale della A.F.M., discendendo da un autonomo obbligo di legge, dovrebbe essere qualificata alla stregua di un atto vincolato in cui la valutazione di interesse pubblico risulta interamente assorbita nel precetto normativo. Il fatto poi che il Comune di Milano abbia proceduto, sostanzialmente senza soluzione di continuità, alla trasformazione della azienda municipalizzata, prima in azienda speciale, e, poi, in società per azioni, ben giustifica che il capitale iniziale della

s.p.a. coincidesse con il fondo di dotazione della azienda speciale come mutuato dalla azienda municipalizzata ed a prescindere dalle risultanze “dell’ultimo bilancio di esercizio approvato”, come richiesto, invece, dall’art. 17, comma 51. Il fatto che, nel caso di specie, non fosse configurabile un bilancio d’esercizio di riferimento cui ancorare il valore del capitale sociale della costituenda s.p.a., non rappresenta, a parere del Collegio, motivo ostativo alla trasformazione in questione poiché l’entità minima cui ancorare il valore del capitale iniziale della s.p.a. era comunque rappresentata dal fondo di dotazione dell’azienda speciale come mutuato dalla trasformata azienda municipalizzata; diversamente opinando nessuna azienda speciale, sebbene effettivamente operante, avrebbe potuto essere trasformata in s.p.a. prima dell’approvazione del primo bilancio di esercizio, il che appare francamente ultroneo rispetto alla finalità della norma in questione di garantire, più semplicemente, l’equivalenza di valore tra la costituenda s.p.a. e la trasformata azienda speciale.

Anche il quarto motivo di doglianza è infondato.

I ricorrenti lamentano la violazione dell’art. 12, comma 1, della legge n. 498 del 1992 in quanto il Comune di Milano, per poter prescindere dalla partecipazione esclusiva dei farmacisti dipendenti nella costituzione della s.p.a., avrebbe dovuto costituire direttamente una società senza il vincolo della proprietà comunale maggioritaria; poiché invece il Comune, facendo ricorso al procedimento di cui all’art. 17, comma 51 della legge 127 del 1997, ha costituito direttamente una s.p.a. con partecipazione totalitaria del Comune, provvedendo, solo in un secondo momento, ad aprire la partecipazione ad un socio privato di maggioranza, la decisione assunta in tal senso dovrebbe reputarsi illegittima.

Il fatto che il Comune di Milano abbia, con la medesima delibera, proceduto alla costituzione della s.p.a. (per trasformazione unilaterale della azienda speciale) e contestualmente deliberato la privatizzazione sostanziale della stessa, approvando i criteri del bando di gara per la cessione del pacchetto azionario di maggioranza, induce ad escludere che una s.p.a. a proprietà comunale maggioritaria sia mai venuta in essere; la censura muove da una visione atomistica del procedimento di privatizzazione posto in essere dal Comune di Milano e presuppone che il lasso di tempo necessario all'espletamento della gara (in cui la neocostituita s.p.a., sulla carta, era di proprietà comunale totalitaria) possa essere isolato dall'esito del procedimento. Ma così non è poiché una possibile violazione di legge, del tipo di quella prospetta, può configurarsi solo in relazione al modulo organizzativo risultante all'esito della complessa procedura di privatizzazione posta in essere che, nel caso di specie, è indiscutibilmente una s.p.a. senza vincolo della proprietà comunale maggioritaria. Ad ogni modo è tutto da dimostrare l'assunto, da cui partono i ricorrenti, secondo cui la gestione societaria in deroga a quanto previsto dall'art. 9, comma 1, lett. d) della legge 475 del 1968, dovrebbe necessariamente avvenire a mezzo di una s.p.a. senza il vincolo della proprietà comunale maggioritaria; a ben vedere la dizione letterale dell'art. 12, comma 1, della legge 498 del 1992 (a mente del quale gli enti locali possono "costituire apposite società per azioni...senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera e) dell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'art. 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituito dall'articolo 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362") induce a ritenere che le due deroghe ivi contemplate non siano funzionalmente collegate, dimodochè l'una possa sussistere indipendentemente dall'altra: come, infatti, vi può essere

deroga al vincolo della proprietà maggioritaria di cui all'allora comma 3 lett. e dell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, senza che si abbia contestualmente deroga a quanto previsto dall'art. 9, comma 1, lett. d) della legge 475 del 1968, così vale la reciproca, nel senso che può ben aversi deroga a tale ultimo disposto normativo senza che, contestualmente, la costituenda s.p.a. di gestione debba necessariamente derogare alla regola del vincolo della proprietà maggioritaria. La dedotta censura si appalesa pertanto oltremodo infondata.

Alla medesima conclusione deve pervenirsi per quanto concerne il quinto ed il sesto motivo di censura.

I ricorrenti assumono che il Comune di Milano avrebbe ceduto, accanto alla gestione, anche la titolarità delle farmacie comunali, con ciò incorrendo nel vizio di violazione di legge (che ammette la cessione della titolarità solo in favore dei farmacisti) oltre che di eccesso di potere per contraddittorietà per aver, di fatto, conseguito un risultato contrastante con l'obiettivo dichiarato dell'operazione.

L'iter logico argomentativo sviluppato con il presente motivo di censura si fonda su di un presupposto di fatto che non può essere condiviso in quanto nettamente smentito dalle risultanze documentali. I ricorrenti opinano che il Comune non si sarebbe limitato a cedere la gestione del servizio ma avrebbe disposto un vero e proprio trasferimento delle farmacie comunali e con esse del servizio pubblico.

I ricorrenti, in realtà, equivocano sulla distinzione, da un lato, tra titolarità e gestione dell'azienda farmaceutica e, dall'altro, sulla distinzione tra titolarità e gestione del servizio pubblico di distribuzione dei farmaci al dettaglio. Il fatto che il Comune di Milano, abbia conferito alla neoistituita s.p.a., le aziende farmaceutiche (nella accezione di cui all'art. 2555 c.c.) e con esse la titolarità dell'impresa farmaceutica (nella accezione di cui all'art. 2082 c.c.), non implica in alcun modo il

trasferimento o, meglio, la dismissione del servizio pubblico: ciò che viene trasferito è la semplice *gestione* del servizio pubblico e lo strumento prescelto, conformemente alla normativa di settore, è stato quello della costituzione di una s.p.a.; a tale società è stato poi temporaneamente (in quanto esiste una clausola di retrocessione) trasferito il compendio aziendale e con esso la possibilità di esercitare professionalmente, in forma collettiva, l'attività economica organizzata di scambio di beni rappresentati da medicinali (secondo la definizione codicistica di imprenditore). Il passaggio della (sola) gestione del servizio pubblico ad un distinto soggetto giuridico, appositamente creato, qual è, nel caso di specie, la s.p.a., non implica in alcun modo il trapasso della titolarità del servizio pubblico e con esso la dismissione dello stesso. Una tale titolarità si qualifica, infatti, precipuamente mediante l'intestazione delle autorizzazioni amministrative alla conduzione dei distinti esercizi farmaceutici che costituiscono il complesso aziendale delle farmacie comunali. E' la titolarità dell'autorizzazione, infatti, che rende giuridicamente possibile l'apertura e la conduzione dei singoli esercizi farmaceutici e che qualifica, in definitiva, la titolarità del servizio pubblico; la gestione, per converso, presuppone la sola disponibilità materiale e giuridica del complesso di beni che l'imprenditore (rappresentato nella specie dalla s.p.a.) organizza per l'esercizio dell'impresa. Proprio la scissione tra titolarità e gestione del servizio pubblico giustifica, poi, la stipula del contratto di servizio che, da un lato, disciplina il passaggio del diritto di condurre gli esercizi farmaceutici dal titolare del servizio al gestore e, dall'altro, regola le modalità di erogazione del servizio (durata, onerosità, forme di controllo e di eventuale ingerenza del titolare del servizio ecc...) ed il regime giuridico del compendio aziendale (titolo giuridico del possesso dei beni aziendali, rappresentato, nel caso di specie, dalla compravendita

con patto di riscatto; previsione di vincoli alla disponibilità dei beni aziendali e delle azioni della s.p.a. che gestisce il servizio). Nessuna contraddittorietà, pertanto, v'è tra quanto dichiarato dal Comune di Milano e quanto realizzato: da sempre gli organi di Governo hanno parlato di voler trasferire la gestione e non la titolarità del servizio pubblico e tanto è stato fatto, a nulla rilevando che, a tal fine, sia stata trasferita (quella che i ricorrenti chiamano) la titolarità delle farmacie comunali che in null'altro si risolve che nel trapasso della disponibilità materiale e giudica dei soli beni strumentali all'esercizio dell'impresa ma non certo della titolarità del servizio pubblico che rimane in capo al Comune di Milano attraverso la intestazione delle relative autorizzazioni. Nessuna violazione v'è poi dell'art. 12, comma 2, della legge n. 475 del 1968 in quanto, non essendovi stato trasferimento del diritto di aprire e condurre le farmacie e cioè delle relative autorizzazioni ma solo del compendio aziendale, non può ritenersi operante la riserva in favore dei farmacisti che presuppone la decisione del Comune di procedere, altresì, al trasferimento anche della relativa autorizzazione amministrativa e, con essa, della vera e propria titolarità del servizio pubblico.

Del tutto irrilevante appare infine la circostanza che, a fini meramente conoscitivi, gli organi di governo del Comune di Milano abbiano deciso di avvalersi di un *advisor* per lo studio delle modalità di privatizzazione poiché gli elementi conoscitivi acquisiti dal consulente esterno sono stati comunque criticamente vagliati in sede di assunzione della decisione finale e comunque hanno contribuito ad assicurare che l'istruttoria avvenisse secondo i canoni della completezza ed adeguatezza in relazione alla notevole complessità dell'obiettivo perseguito. Nessuna norma di legge impedisce all'amministrazione procedente di acquisire e valorizzare, in sede istruttoria, nella formulazione delle possibili alternative decisionali, contributi provenienti da soggetti esterni

all'amministrazione stessa, chè anzi le norme in tema di partecipazione pongono addirittura uno specifico obbligo di valutazione di tali risultanze mentre l'art. 6 della legge 241 del 1990 non pone limiti al responsabile del procedimento nell'esercizio del potere-dovere di procedere all'accertamento ed alla conoscenza dei fatti rilevanti ai fini del decidere: egli può infatti disporre il compimento di tutti gli atti all'uopo necessari ed adottare ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria.

Con il settimo motivo i ricorrenti deducono la violazione dell'art. 7 della legge n. 362 del 1991 ed il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà con riferimento alla delibera n. 56 del 2000 nella parte in cui prevede che alla gara possano partecipare i farmacisti iscritti all'albo che abbiano costituito o si impegnino a costituire una società per azioni. Lamentano che una tale clausola non consentirebbe comunque ai farmacisti di partecipare alla gara in quanto, ai sensi dell'art. 7, commi 5 e 6, della legge n. 362 del 1991 (nonché, deve aggiungersi, ai sensi dell'art. 112, comma 2, del R.D. n. 1265 del 1934), i farmacisti privati possono essere titolari di una sola farmacia o comunque essi possono essere titolari di una sola partecipazione in società di persone o società cooperative a loro volta titolari di una sola farmacia. L'eccezione è infondata. Essa parte dal presupposto, già confutato, che con la procedura di gara in questione il Comune abbia proceduto al trasferimento a terzi della titolarità anziché della sola gestione delle farmacie comunali; poiché, in realtà, per i motivi già esposti, si tratta del trasferimento della sola gestione, il motivo di censura rivela la propria infondatezza poiché la partecipazione dei farmacisti ad una s.p.a. di mera gestione delle farmacie comunali non è interdetta dal citato art. 7. Tale divieto concerne, infatti, la sola titolarità di una seconda farmacia privata, non la mera gestione di una farmacia comunale, dovendosi

peraltro ritenere pienamente ammissibile la scissione tra titolarità e gestione trattandosi, in questo caso, di gestione di farmacie comunali e non private per le quali (e solo per esse), invece, vale il divieto di cui all'art. 12, comma 11 della legge n. 457 del 1968 che non consente al titolare di farmacia privata di affidarne la gestione a terzi.

Con l'ottavo motivo di ricorso i ricorrenti lamentano la illegittimità della delibera del 22.6.2000, n. 56 e del bando nella parte in cui consentono la partecipazione alla gara delle società distributrici di farmaci così introducendo un evidente conflitto di interessi fra quello alla promozione dei prodotti più convenienti per il distributore e quello alla distribuzione imparziale del farmaco. La previsione dovrebbe ritenersi in contrasto, in particolare, con l'art. 8 della legge n. 362 del 1991 secondo il quale la partecipazione a società di persone ed a società cooperative a responsabilità limitata, che siano titolari dell'esercizio di una farmacia privata, è incompatibile "con qualsiasi altra attività esplicata nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco".

Il motivo è fondato.

Invero, questo Tribunale, sez. III, con sentenza 27 giugno 2002, n. 2654 ha già diffusamente argomentato nel senso della fondatezza di tale motivo di doglianza pervenendo alla conclusione che "il limite letterale posto dal legislatore al citato art. 8 (che, si ripete, detta ipotesi di incompatibilità con riguardo alla sola partecipazione a società di gestione di farmacie private), essendo palesemente rivolto ad evitare situazioni di conflitto di interesse (nei gestori di farmacie) che possono nascere dalla cointeressenza in attività il cui intreccio può risultare pregiudizievole per l'interesse pubblico che presiede all'intero servizio pubblico delle farmacie (situazioni queste, oggi ordinariamente ipotizzabili anche nel socio, non più necessariamente farmacista dipendente, dell'Ente

Pubblico), deve oggi necessariamente ritenersi, ad evitare una interpretazione della norma inevitabilmente suscettibile di violare i parametri di cui agli artt. 3 e 97 della Costituzione, riferito anche ai soci delle società di gestione delle farmacie comunali”. La Corte Costituzionale, adita nel corso del presente giudizio, dopo aver premesso che “l’utilizzo di una formula onnicomprensiva per le incompatibilità in questione, conferisce alla norma il valore di un principio generale applicabile a tutti i soggetti che, in forma singola o associata, siano titolari o gestori di farmacie”, ha affermato che “deve pertanto riconoscersi che la mancata previsione per le farmacie comunali di un tale tipo di incompatibilità appare del tutto irragionevole, specie ove si consideri che il divieto in questione è stato posto dal legislatore proprio al fine di evitare conflitti di interesse, che possano ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico e, quindi, sul diritto alla salute”; conseguentemente ha dichiarato la illegittimità costituzionale della norma “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 ed informazione scientifica del farmaco”. Sulla scorta delle conclusioni cui è pervenuta la Corte Costituzionale e già anticipate da questo Tribunale con la citata sentenza, deve pertanto concludersi che la delibera del 22.6.2000, n. 56 ed il successivo bando di gara si pongono in frontale contrasto con la previsione di cui all’art. 8, comma 1, lett. a) della legge 8 novembre 1991, n. 362 così come interpretato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 275 del 2003.

I resistenti obiettano che il socio privato di maggioranza di A.F.M. s.p.a. non sarebbe soggetto operante attivamente e direttamente nella distribuzione del farmaco (né in altri settori oggetto di incompatibilità) ma si limiterebbe ad amministrare partecipazioni in società di gestione di

farmacie comunali e pertanto non si troverebbe in alcuna delle situazioni di incompatibilità normativamente previste, con conseguente irrilevanza, nel caso di specie, della citata sentenza della Corte Costituzionale.

Il Comune di Milano aggiunge che il bando non potrebbe reputarsi illegittimo per il solo fatto di avere ammesso alla partecipazione società operanti nel settore della distribuzione farmaceutica al dettaglio o all'ingrosso in quanto sarebbe principio costante della nostra legislazione (ad esempio in tema di eleggibilità di organi rappresentativi di enti territoriali e non) che la situazione di incompatibilità in cui si trovi un concorrente (o un candidato) di per sé non preclude la partecipazione alla gara poiché l'eventuale incompatibilità diventa rilevante solo in caso di conseguimento dell'aggiudicazione (ovvero di elezione).

All'obiezione per cui Gehe s.p.a., oggi Admenta Italia s.p.a. sarebbe società di mera gestione di partecipazioni azionarie vale replicare che se Gehe s.p.a. non fosse società di distribuzione non avrebbe potuto neppure partecipare alla gara in quanto il bando richiedeva espressamente che la s.p.a. si occupasse di distribuzione di farmaci, coerentemente con l'intento di valorizzare la competenza e l'esperienza degli operatori del settore della distribuzione, a nulla valendo, per contro, l'esperienza maturata nella gestione di pacchetti azionari. La tesi pertanto è del tutto inverosimile. Il fatto poi che l'oggetto sociale del socio di maggioranza di A.F.M. s.p.a. possa, per ipotesi, essersi successivamente modificato nel senso di superare la contestata situazione di incompatibilità è inoltre del tutto irrilevante poiché non vale a sanare l'illegittimità del bando che di tale incompatibilità ha fatto un requisito di ammissione alla gara, aprendo la partecipazione a soggetti portatori del conflitto di interessi. Ad ogni modo dalla lettura dello Statuto di Admenta Italia s.p.a. (cfr. art. 2 dello Statuto depositato da Admenta Italia s.p.a. per l'udienza del 28.3.2004) emerge, a chiare lettere, che la

società si occupa anche di distribuzione all'ingrosso di farmaci e tanto basta a confermare l'esistenza della causa di incompatibilità. Analogamente, nel provvedimento n. 9563 adottato nell'ambito del procedimento C4615 – Gehe Italia/Azienda farmacie milanesi, pubblicato nel Bollettino 21/2001 ed avente per oggetto “Concentrazione tra imprese indipendenti”, L’Autorità Garante della concorrenza e del mercato, nel procedere alla valutazione degli effetti concorrenziali della concentrazione, ha affermato che la Gehe è attiva nella vendita al dettaglio di prodotti farmaceutici e parafarmaceutici “nonchè nel settore della distribuzione all'ingrosso di prodotti farmaceutici attraverso un magazzino ubicato nella zona di Bologna che rifornisce oltre 1000 farmacie pubbliche e private principalmente in Emilia Romagna nonché in Veneto, Toscana, Lombardia e Friuli”: non può pertanto parlarsi di mera gestione di partecipazioni azionarie ma di distribuzione diretta all'ingrosso di farmaci con conseguente piena operatività del citato motivo di incompatibilità.

La seconda eccezione è manifestamente infondata: non è infatti in questione una clausola del bando che ammetta alla procedura soggetti che, se vincitori, verrebbero a trovarsi in una situazione di incompatibilità, onerandoli, in caso di aggiudicazione, di rimuovere una tale situazione; la clausola in questione trasforma la causa di incompatibilità in uno specifico requisito che abilita alla partecipazione, ponendosi in irrimediabile contrasto con la previsione di legge che contempla e sanziona l'incompatibilità medesima; in altre parole, la causa di incompatibilità da limite diviene requisito per la partecipazione il che rappresenta una palese illegittimità.

Resta da esaminare il profilo della conformità con il diritto comunitario della norma sulle incompatibilità nella gestione delle farmacie, come riscritta dalla Corte Costituzionale, in relazione ai

parametri della proporzionalità, della indispensabilità, del carattere non discriminatorio e della necessaria finalizzazione alla tutela di un interesse generale, tali essendo, secondo la costante elaborazione della Corte di Giustizia, i presupposti cui è subordinata la possibilità di introdurre deroghe alle libertà fondamentali previste dal Trattato CE. Secondo la difesa del Comune di Milano e della Admenta Italia (già Gehe) s.p.a., infatti, l'art. 8, comma 1, lett. a) della legge 362 del 1991, così come interpretato dalla Corte Costituzionale, proibendo l'acquisizione di farmacie a soggetti che svolgono normalmente l'attività di gestione delle farmacie in altri Stati membri, rappresenterebbe una limitazione alla libertà di stabilimento, oltre che alla libertà di circolazione dei capitali, garantite, rispettivamente, dagli artt. 43 e 56 del Trattato CE.

A parere del Collegio la limitazione alla libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali operata dall'art. 8, comma 1, lett. a) della legge 362 del 1991 è compatibile con il Trattato in quanto risponde alle citate condizioni. Sicuramente la norma rinviene la propria *ratio* nella finalità di meglio tutelare un diritto fondamentale qual è il diritto alla salute (come ammesso dallo stesso Comune di Milano cfr. p. 19 della memoria del 19.3.2004) suscettibile di essere pregiudicato da un sistema di distribuzione del farmaco pervaso dal conflitto tra interessi economici del distributore e l'obbligo di imparzialità nella vendita al dettaglio dei farmaci, laddove il primo tende naturalmente a favorire la vendita dei farmaci maggiormente remunerativi mentre le farmacie sono tenute a dispensare con imparzialità tutti i farmaci in commercio. La norma in questione poi non riveste alcun carattere discriminatorio in quanto pacificamente applicabile anche agli operatori italiani. Il Collegio ritiene altresì che il sistema di incompatibilità, come ricostruito dalla Corte Costituzionale, sia indispensabile alla tutela del diritto alla salute e

quindi operi necessariamente alla stregua di una limitazione al diritto di stabilimento e di libera circolazione dei capitali assistita dal requisito della proporzionalità.

Il Comune di Milano e la Admenta Italia s.p.a. contestano recisamente una tale ultima asserzione sulla base delle seguenti argomentazioni: 1) per l'ordinamento italiano sarebbe sempre stata ammissibile la situazione, ora giudicata di conflitto di interessi e pregiudizievole per la salute, di chi ha interessi nella distribuzione di medicinali sia all'ingrosso sia al dettaglio; ciò in quanto sarebbe stato sempre consentito ai farmacisti titolari di farmacie di essere soci di società di distribuzione di farmaci senza che alcuno vi rinvenisse pericolo, il che peraltro determinerebbe una inammissibile discriminazione nei confronti di soggetti esteri quali l'odierna acquirente; 2) la separazione tra le attività di distribuzione al dettaglio ed intermedia non risponderebbe neppure al requisito della proporzionalità in quanto vi sarebbero altri rimedi meno restrittivi delle libertà in questione che consentirebbero, in maniera ugualmente efficace, di evitare il rischio del paventato conflitto di interessi. La piena garanzia che il contemporaneo svolgimento dell'attività di vendita all'ingrosso ed al dettaglio di farmaci non comprometta il diritto alla salute sarebbe offerta, da un lato, dall'art. 7 del d. lgs. n. 538 del 1992 che impone alle società di distribuzione di avere sempre disponibile per la vendita il 90% dei prodotti della farmacopea e, dall'altro, dalla deontologia e dalle regole che impongono ai farmacisti di vendere le medicine indicate nella ricetta medica e che comunque vietano il c.d. comparaggio anche con sanzioni penali; ulteriore garanzia sarebbe rappresentata dal fatto che la legge del 23.12.1996, n. 662 avrebbe predeterminato i margini di ricavo di competenza dei grossisti e dei farmacisti, fissandolo, rispettivamente,

nella misura del 6,65% e del 26,7% sul prezzo di vendita al pubblico al netto di I.V.A..

Sul punto occorre preliminarmente procedere ad una ricognizione della normativa di settore.

Il decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 538 – Attuazione della direttiva 92/25/CEE riguardante la distribuzione all'ingrosso dei medicinali per uso umano, all'art. 7 così recita: “1....., il titolare dell'autorizzazione alla distribuzione all'ingrosso è tenuto a detenere almeno: a) i prodotti di cui alla tabella 2 allegata alla Farmacopea Ufficiale della Repubblica italiana; b) il 90% delle specialità medicinali in commercio; c) almeno un medicinale preconfezionato prodotto industrialmente per ciascuna delle formulazioni comprese nel formulario nazionale della Farmacopea Ufficiale che risultino in commercio. 2. La fornitura agli interessati dei medicinali di cui il distributore è provvisto deve avvenire con la massima sollecitudine e, comunque, entro le 12 ore lavorative successive alla richiesta, nell'ambito territoriale indicato nella dichiarazione di cui all'art. 5, comma 2, lettera d)”. L'art. 1 del medesimo decreto legislativo precisa, inoltre, che la disciplina della distribuzione all'ingrosso di medicinali non si applica alla fornitura di medicinali effettuata dalle farmacie a norma delle disposizioni vigenti.

L'art. 123 del Regio Decreto 27 luglio 1934, n. 1265, recante “Testo Unico delle leggi sanitarie”, prevede, al primo comma, che “Il titolare della farmacia deve curare: a) che la farmacia sia provvista delle sostanze medicinali prescritte come obbligatorie nella farmacopea ufficiale; b)...”. Al secondo comma è prevista per il contravventore una sanzione amministrativa. Il Regio decreto 30 settembre 1938, n. 1706, emanato in esecuzione degli artt. 104 – 129 e 368 – 380 del Regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 e recante “Approvazione del regolamento per il servizio farmaceutico”, così recita, per quanto rileva

ai fini di causa,; “I farmacisti non possono rifiutarsi di vendere le specialità medicinali di cui siano provvisti e di spedire ricette firmate da un medico per medicinali esistenti in farmacia. I farmacisti richiesti di specialità medicinali nazionali, di cui non siano provvisti, sono tenuti a procurarle nel più breve tempo possibile, purchè il richiedente anticipi l’ammontare delle spese di porto...”.

Sul piano delle sanzioni penali che presidiano il commercio delle specialità medicinali vanno, da ultimo, ricordati gli artt. 171 (e l’omologo art. 170 che concerne il medico ed il veterinario) e 172 del Regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265; il primo prevede che “Il farmacista che riceva per sé o per altri denaro o altra utilità ovvero ne accetti la promessa, allo scopo di agevolare in qualsiasi modo la diffusione di specialità medicinali o dei prodotti indicati nell’articolo precedente, a danno di altri prodotti o specialità dei quali abbia pure accettata la vendita, è punito con l’arresto...”. Il secondo così recita: “Le pene stabilite negli artt. 170 e 171, primo e secondo comma, si applicano anche a carico di chiunque dà o promette al sanitario o al farmacista denaro o altra utilità. Se il fatto sia commesso dai produttori o dai commercianti delle specialità e dei prodotti indicati nei detti articoli, il Ministro per la Sanità...”. Per la definizione di specialità medicinali (da non confondere con la nozione di sostanze medicinali) occorre, infine, far riferimento all’art. 1 del d. lgs. 29 maggio 1991, n. 178 a mente del quale “Sono specialità medicinali i medicinali precedentemente preparati ed immessi in commercio con una denominazione speciale ed in confezione particolare”. L’art. 77 della direttiva 2001/83/CE recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano così recita: “1. Gli Stati membri adottano tutte le disposizioni utili affinché la distribuzione all'ingrosso dei medicinali sia subordinata al possesso di un'autorizzazione ad esercitare l'attività di grossista di medicinali la

quale precisi il luogo per cui è valida. 2. Quando le persone autorizzate a fornire medicinali al pubblico *possono esercitare, in forza della legislazione nazionale, anche un'attività di grossista* (corsivo aggiunto), esse sono soggette all'autorizzazione di cui al paragrafo 1.

Passando all'esame delle eccezioni formulate dal Comune di Milano e dalla Admenta Italia s.p.a., deve in primo luogo affermarsi la giuridica irrilevanza di una pregressa situazione di fatto posta in essere in violazione della norma sulle incompatibilità nella conduzione delle farmacie. Qualora farmacisti titolari di farmacie avessero effettivamente partecipato a società di distribuzione del farmaco (ma la scarsità di informazioni e di riscontri documentali sul punto non consente di escludere che si tratti, in realtà, di partecipazione a società cooperative per l'acquisto di farmaci all'ingrosso, partecipazione sicuramente lecita in quanto finalizzata a svolgere in forma associata una fase dell'impresa propria di ciascun socio), si tratterebbe di una condotta assunta in chiara violazione dell'art. 8, comma 1, lett. a) della legge 8 novembre 1991, n. 362 che, nella perentoria interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza, assurge al rango di "principio generale applicabile a tutti i soggetti che, in forma singola o associata, siano titolari di farmacie". Ora, è evidente che una pregressa situazione di illegittimità non possa essere invocata, attraverso il richiamo al principio di uguaglianza e di non discriminazione, per scriminare o avallare ulteriori situazioni di illegittimità ma impone, piuttosto, agli organi competenti di attivarsi per far cessare i comportamenti non conformi a diritto, questione che, evidentemente, esula dal presente giudizio.

Non può inoltre condividersi l'affermazione secondo cui nel sistema vi sarebbero già rimedi, non restrittivi della libertà di

stabilimento, comunque in grado di neutralizzare il paventato conflitto di interessi.

Il reato di comparaggio di cui all'art. 171 del R.D. 27 luglio 1934, n. 1265 non pare possa fungere da deterrente in quanto, per il principio di tipicità vigente in materia penale, è applicabile al solo farmacista (oltre che al medico ed al veterinario) che prenda soldi, o ne accetti la promessa, allo scopo di agevolare la diffusione di specialità medicinali, non anche alle società di grande distribuzione, a meno che non siano queste a dare o promettere al farmacista denaro o altra utilità (ipotesi di cui all'art. 172). Nessuna sanzione è espressamente prevista, per contro, nell'ipotesi in cui a dare il denaro siano i produttori ed a riceverlo le società di grande distribuzione affinché queste ultime, avvalendosi della rete di farmacie da esse direttamente controllate, favoriscano la diffusione di specialità medicinali in danno di altre. Se così è, il rischio connesso al conflitto di interessi appare reale poiché, da un lato, pur essendo il margine di profitto sui farmaci predeterminato per legge anche per le società di grande distribuzione (come ripete il Comune di Milano), il distributore potrebbe avere comunque interesse a rendere costantemente ed immediatamente disponibili presso la catena di farmacie che gestisce i farmaci che, a parità di principio attivo, sono più costosi, in tal modo aumentando il margine di profitto; dall'altro, nell'ipotesi estrema, prossima alla soglia della rilevanza penale, potrebbe ricevere denaro dalle case farmaceutiche per favorire la vendita di certi medicinali (rendendoli immediatamente e costantemente disponibili presso la catena di distribuzione a differenza di quelli della concorrenza) senza incorrere nel reato di comparaggio di cui ai citati artt. 171 e 172 che, come detto, sanzionano il distributore che dà o promette denaro al farmacista, non anche il distributore che riceva denaro dal produttore.

Né può opporsi che la normativa del settore, come pure le norme di deontologia professionale, rappresenterebbero un sicuro argine contro il paventato conflitto di interessi. In particolare, a tal fine non pare decisivo l'obbligo per il titolare dell'autorizzazione alla distribuzione all'ingrosso, previsto dal citato art. 7 del d. lgs. 538 del 1992, di detenere almeno il 90% delle specialità medicinali in commercio; un tale obbligo infatti vale espressamente nei confronti del grossista non anche per le farmacie (la cui disciplina viene espressamente fatta salva dall'art. 1, comma 2, del d. lgs. 538 del 1992) che, per converso, non hanno alcun obbligo di detenere una certa percentuale minima delle specialità medicinali in commercio ma sono solo tenuti a procurare "nel più breve tempo possibile" le specialità medicinali di cui non siano provvisti (così art. 38, comma 2 del R. D. 1706 del 1938). E' evidente pertanto che una politica aziendale di distribuzione al dettaglio incentrata sulla pronta ed immediata disponibilità di determinate specialità medicinali, a differenza di altre, può effettivamente favorire la diffusione di talune specialità medicinali in danno di altre. Il cliente, infatti, pur rassicurato che la specialità medicinale richiesta, sebbene momentaneamente indisponibile, sarà procurata "nel più breve tempo possibile", bene che gli vada dovrà attendere sino a 12 ore (il tempo massimo accordato al grossista per procedere alla fornitura), senza considerare il tempo (non predeterminato normativamente) impiegato dall'esercizio farmaceutico per procedere alla richiesta; in ogni caso dovrà tornare nuovamente in farmacia o rivolgersi altrove o magari anche essere costretto a raggiungere l'unica farmacia di turno aperta se la richiesta interviene in prossimità della chiusura festiva, (con conseguente necessità di attendere anche sino a 36 ore dall'inoltro della richiesta da parte della farmacia). Nella situazione ipotizzata è ragionevole prevedere che l'interessato, a fronte della prospettiva di dove ritornare il giorno dopo o due giorni dopo, o di dover

raggiungere un'altra farmacia, magari quella di turno, sarà indotto a valutare seriamente la possibilità di acquistare una diversa specialità medicinale, munita dello stesso principio attivo o con efficacia terapeutica equivalente ed immediatamente disponibile e ciò soprattutto nei numerosi casi in cui trattasi di approvvigionamento urgente. Una tale situazione, che può eccezionalmente verificarsi, come l'esperienza di ciascuno insegna, se perseguita sistematicamente come strategia aziendale (e nessuna norma lo vieta, come si è cercato di dimostrare) può agevolare la vendita di alcune specialità medicinali a discapito di altre e così favorire talune case farmaceutiche in danno di altre, anche in forza di accordi intercorsi con la società di distribuzione all'ingrosso. Peraltro quanto detto vale sicuramente per i farmaci così detti "da banco" ma non meno per i farmaci vendibili dietro presentazione di ricetta medica poiché anche in questo caso, secondo nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza, il farmacista è comunque autorizzato a vendere un farmaco succedaneo (quanto a molecola o principio attivo) rispetto a quello indicato nella ricetta medica (momentaneamente indisponibile) ma dovrà farsi carico di far correggere la ricetta dal medico che l'ha prescritta.

In definitiva, la norma sulle incompatibilità, così come additivamente interpretata dalla Corte Costituzionale con la citata sentenza, deve, allo stato della legislazione vigente, essere qualificata come indispensabile per tutelare il diritto alla salute non sussistendo altre misure in grado di assicurare in modo adeguato e completo che l'interesse alla massimizzazione del profitto delle società di grande distribuzione del farmaco non comprometta l'interesse ad una distribuzione imparziale di tutte le specialità medicinali e con esso quello alla salute dei cittadini; tale diritto potrebbe infatti essere pregiudicato da un sistema di distribuzione del farmaco che non garantisce a tutte le case

farmaceutiche pari opportunità di profitto (a motivo delle particolari caratteristiche del circuito della distribuzione) con ovvie e gravissime ricadute sul settore della ricerca e quindi del progresso scientifico in campo farmacologico, effetto questo che rappresenta un gravissimo *vulnus* al diritto fondamentale alla salute. Al contempo, la possibilità di indirizzare surrettiziamente gli acquirenti verso l'acquisto di alcune specialità medicinali a discapito di altre, assicurando la pronta e costante disponibilità delle prime ed imponendo dei tempi di attesa per le seconde (per le quali l'interessato dovrebbe attendere che la farmacia se ne procuri la disponibilità), potrebbe rappresentare una limitazione del diritto di autodeterminazione nella scelta dei rimedi curativi sia in capo al medico curante che ha prescritto un determinato farmaco (indisponibile, almeno temporaneamente, presso la farmacia) che quella del singolo cittadino (in tal modo comprimendo il suo fondamentale diritto alla salute) allorquando, essendosi liberamente indirizzato verso l'acquisto di una specialità medicinale che non necessita della presentazione di ricetta medica, si veda costretto, o quanto meno indotto, a ripiegare su di un'altra (quanto meno per non dover ritornare in farmacia una seconda volta), con efficacia terapeutica equivalente, a causa della momentanea indisponibilità della prima.

Sussistono, in definitiva, tutte le condizioni per giustificare la limitazione alla libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali a tutela del diritto fondamentale alla salute.

Inoltre, nel giudizio di compatibilità della norma interna in questione con il diritto comunitario, sicuro rilievo, a fini interpretativi, riveste l'art. 77 della direttiva 2001/83/CE il quale, nel prevedere che “Quando le persone autorizzate a fornire medicinali al pubblico *possono esercitare, in forza della legislazione nazionale, anche un'attività di grossista* (corsivo aggiunto), esse sono soggette all'autorizzazione di cui

al paragrafo 1”, riconosce implicitamente ma chiaramente agli Stati membri la facoltà di introdurre norme sulla incompatibilità tra esercizio della vendita all’ingrosso ed esercizio della vendita al pubblico, conformemente ai “considerando” della direttiva che, tra gli obiettivi perseguiti dall’azione di armonizzazione, annoverano anche quello di garantire “un livello elevato di protezione della salute umana”, come ribadito anche dalla successiva direttiva 2004/27/CE. Diversamente opinando non si spiegherebbe perchè il legislatore comunitario abbia semplicemente ipotizzato (“Quando...possono esercitare...anche...”) la coesistenza delle due attività in capo al medesimo operatore. L’obbligo di risultato così imposto agli Stati membri, in punto di recepimento, è pertanto nel senso di rendere *possibile* una tale coesistenza ma sicuramente *non obbligatoria*, operando in tal modo una preventiva valutazione circa la proporzionalità di una misura (come quella in contestazione) che una tale incompatibilità dovesse prevedere.

Secondo il Comune di Milano e la Admenta Italia s.p.a. l’applicazione al caso di specie della norma in questione, così come interpretata dalla Corte Costituzionale, contrasterebbe altresì con il principio, di rango comunitario, della tutela dell’affidamento in quanto essa si risolverebbe nell’introduzione di una misura restrittiva delle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE con efficacia retroattiva ed in nessun modo prevedibile da parte dei soggetti interessati. Il diritto di stabilimento verrebbe così fortemente disincentivato se, successivamente al suo esercizio, nell’affidamento legittimo della vigenza di determinate norme nazionali, le norme stesse venissero interpretate in maniera retroattiva in senso ostativo all’esercizio del diritto stesso, così da rendere necessaria la smobilitazione dell’investimento; conclusivamente invocano il potere di disapplicazione dell’art. 8, comma 1, lett. a) della legge n. 362 del 1991.

La questione, nei termini in cui è prospettata, non è fondata.

Secondo i più recenti approfondimenti della dottrina, la sopravvenuta invalidità del provvedimento a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma attributiva o regolativa del potere non configura un'ipotesi di illegittimità sopravvenuta. In questo caso, infatti, l'illegittimità del provvedimento è originaria trattandosi di provvedimento adottato in conformità ad una norma di legge già invalida, in quanto in contrasto con il precetto costituzionale, sebbene dotata di un'efficacia precaria, risolutivamente condizionata all'esito di un eventuale futuro giudizio di costituzionalità; dal carattere originario della invalidità della norma di legge discende, in via derivata, l'originaria illegittimità del provvedimento adottato sulla scorta di una tale norma, tant'è vero che la parte è onerata della tempestiva proposizione di un motivo di censura in tal senso; ciò che sopravviene è la pronuncia che accerta un tale (preesistente) contrasto, risolvendo con efficacia retroattiva gli effetti *medio tempore* prodotti dalla norma invalida. Il carattere originario di una tale invalidità giustifica (anche nella prospettiva della piena garanzia del diritto di azione) il fatto che la censura di costituzionalità, a differenza della questione di costituzionalità, deve essere tempestivamente proposta entro il termine decadenziale di 60 giorni dalla conoscenza del provvedimento (e non della sentenza che dichiara la illegittimità costituzionale) ed, al contempo, che la sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale non riapre i termini di impugnazione per quanti non abbiano tempestivamente impugnato il provvedimento in quanto fondato su di un precetto normativo incostituzionale. Ma se l'invalidità è originaria non v'è affidamento alcuno da tutelare poiché gli interessati potevano e dovevano avvedersi che la decisione di ammettere alla gara anche società di grande distribuzione del farmaco trovava fondamento in una norma di

legge in contrasto con l'art. 32 della Costituzione (nella parte in cui non vietava espressamente una tale partecipazione) i cui effetti avrebbero potuto essere travolti con efficacia retroattiva da una possibile futura pronuncia di incostituzionalità. Del resto, la censura di incostituzionalità poi accolta è stata proposta in via cautelativa già con il ricorso introduttivo (prima ancora quindi che venisse emanato il bando di gara) sicchè se il Comune di Milano e la Admenta Italia s.p.a. hanno ritenuto, in pendenza del giudizio principale e di quello eventuale di costituzionalità, di procedere comunque alla stipula del contratto di cessione delle azioni, lo hanno fatto a loro rischio e pericolo e non possono oggi invocare il principio della tutela del legittimo affidamento avendo confidato sulla vigenza di norme di legge sospette di incostituzionalità già prima che la società estera, poi risultata aggiudicataria, decidesse di esercitare la libertà di stabilimento e quella di investire capitali in Italia.

Così accertata la compatibilità con il diritto comunitario dell'art. 8, comma 1, lett. a), della legge 8 novembre 1991, n. 362, così come additivamente interpretato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 275 del 2003, deve ribadirsi l'illegittimità della delibera del Consiglio comunale del 22.6.2000, n. 56, della delibera di Giunta del 15.12.2000, n. 3423, del bando di gara e della conseguente aggiudicazione nella parte in cui è stata consentita la partecipazione ad una società di grande distribuzione del farmaco, risultata poi aggiudicataria, cui è interdetta la gestione delle farmacie ai sensi della citata normativa di settore in tema di incompatibilità, come interpretata dalla Corte Costituzionale.

Il ricorso va pertanto accolto in relazione a tale ultima censura con conseguente annullamento, in parte qua, della delibera del Consiglio comunale del 22.6.2000, n. 56, della delibera di Giunta del 15.12.2000, n. 3423, del bando di gara e della conseguente aggiudicazione.

Sussistono peraltro giusti motivi, attesa la notevole complessità della questione, per disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – 1^a sezione - definitivamente pronunciando, così provvede:

- accoglie il ricorso e per l'effetto annulla, in parte qua, la delibera del Consiglio comunale del 22.6.2000, n. 56, la delibera di Giunta del 15.12.2000, n. 3423, il bando di gara e la conseguente aggiudicazione, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione;

- dichiara le spese di giudizio interamente compensate tra le parti;

-ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Milano, 24.6.2004

Il Presidente

Dott. Ezio Maria Barbieri

Il Giudice est.

Dott. Luca Monteferrante