



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6422 del 2006, proposto da:
Federfarma Terni – Associazione sindacale provinciale dei titolari di
farmacia di Terni, Federfarma Umbria – Unione regionale sindacale
dei titolari di farmacia dell’Umbria, Farmacia Bonaduce s.n.c.,
Dott.ssa Anna De Sanctis, titolare dell’omonima farmacia di Ficulle
(TR), Dott. Gianni Rocchetti, titolare dell’omonima farmacia di
Papigno (TR), tutti rappresentati e difesi dagli avv. ti Pasquale Di
Rienzo e Mario Busiri Vici, con domicilio eletto presso lo studio del
primo di essi in Roma, Viale G. Mazzini n.11;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale n. 4, rappresentata e difesa dagli avv.
ti Anna Pitzolu e Patrizia Bececco, con domicilio eletto presso lo
studio del primo di essi in Roma, Via Crescenzo, 42; Comune di

Terni, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Alessandro dell'Avvocatura comunale, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, Piazza Capo di Ferro, 13;

Regione Umbria, in persona del Presidente *pro tempore*, non costituita in giudizio;

Azienda Farmaceutica Municipalizzata del Comune di Terni, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. UMBRIA, n. 137/2006, resa tra le parti, concernente l'approvazione del progetto per la distribuzione dei farmaci a domicilio.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione e l'appello incidentale del Comune di Terni;

Visto l'atto di costituzione dell'Azienda Unità Sanitaria Locale n. 4;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2011 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli avvocati Di Rienzo, Bececco e Alessandro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'art. 8 comma 1 del decreto legge n. 347 del 2001, nel testo determinato dalla legge di conversione, n. 405 del 2001, dispone che: "Le regioni (...), anche con provvedimenti amministrativi, hanno facoltà di (...) b) assicurare l'erogazione diretta da parte delle aziende sanitarie dei medicinali necessari al trattamento dei pazienti in assistenza domiciliare, residenziale e semiresidenziale (...)".

2. Riferendosi, fra l'altro, alla suddetta normativa, l'Azienda U.S.L. n. 4 di Terni ha attivato, sulla base di una serie di deliberazioni, per il tramite dell'Azienda farmaceutica municipalizzata del Comune di Terni, un servizio di erogazione diretta dei farmaci ai pazienti in assistenza domiciliare integrata, servizio al quale in precedenza avevano provveduto le farmacie presenti sul territorio di competenza della medesima USL.

Le deliberazioni sono state la n. 793 del 30.6.2005 dell'ASL di approvazione della proposta di attivazione del servizio; la n. 209 del 19.7.2005 del Comune di Terni concernente l'approvazione della convenzione con l'ASL per la distribuzione dei farmaci; la successiva n. 1020 del 2.9.2005 dell'ASL che recepisce quella comunale.

Tali atti sono stati impugnati in primo grado dagli odierni ricorrenti, con ricorso integrato da motivi aggiunti avverso il successivo protocollo di intesa tra l'ASL n. 4 ed il Comune di Terni, deducendo otto articolati motivi di censura che questo Collegio ritiene possano essere ricondotti a tre questioni essenziali:

a) la questione della competenza della singola ASL ad assumere

un'iniziativa simile, sul presupposto che il citato art. 8 del d.l. 347/2001 riserverebbe tale compito esclusivamente alla Regione;

b) la questione della legittimità o illegittimità del potenziamento del "servizio di assistenza domiciliare integrata", in particolare mediante la sua estensione ad un più largo numero di destinatari;

c) la questione della legittimità o illegittimità della scelta dell'A.F.M. del Comune di Terni quale contraente-affidatario del servizio di distribuzione diretta dei farmaci ai pazienti in regime di assistenza domiciliare.

Gli assunti dei ricorrenti sono nel senso che:

-l'ASL non sarebbe stata competente ad avviare il servizio di erogazione diretta dei farmaci ai pazienti in assistenza domiciliare integrata, spettando tale competenza alla Regione;

-l'ASL avrebbe comunque superato i limiti entro i quali il legislatore ha voluto contenere le ipotesi di erogazione diretta dei farmaci, in deroga al regime ordinario incentrato sul monopolio delle farmacie;

-l'ASL, affidando direttamente il servizio all'Azienda farmaceutica municipalizzata del Comune di Terni, avrebbe violato il d.lgs. 157/1995 che impone la procedura ad evidenza pubblica.

3. Hanno replicato l'ASL ed il Comune di Terni assumendo che le delibere impugnate sarebbero state adottate pur sempre in applicazione e nel pieno rispetto della normativa regionale, citando: la D.G.R. n. 291/2002, che ha dato attuazione all'art. 8 del d.l. 347/2001; il piano sanitario regionale, approvato con delibera del

consiglio regionale n. 314 del 23 luglio 2003, il quale pone fra i suoi obiettivi proprio il potenziamento del servizio di assistenza domiciliare integrata "garantendo la presa in carico di almeno il 2,5% degli ultrasessantacinquenni (...)"; la D.G.R. n. 583/2005 con la quale, esercitando la facoltà di cui alla lett. a) dell'art. 8 cit., la Regione ha sottoscritto gli accordi con le rappresentanze delle farmacie.

4. Il Tar, con sentenza n. 137 del 2006, ha in parte dichiarato inammissibile il ricorso ed in altra parte lo ha accolto.

4.1. La pronuncia di inammissibilità si riferisce alle prime due questioni – la competenza a provvedere ed il superamento dei limiti della distribuzione diretta dei farmaci - ed è motivata sull'assunto che i titolari delle farmacie e le organizzazioni rappresentative sarebbero, *in parte qua*, privi della legittimazione ad agire, trattandosi di censure che investono l'organizzazione interna del servizio di assistenza domiciliare.

4.2. Quella di accoglimento si riferisce invece alla terza ed ultima questione concernente la scelta del soggetto affidatario del servizio, censurandosi il fatto che tale scelta sia avvenuta senza l'indizione di una gara pubblica.

5. La sentenza è appellata dagli originari ricorrenti, rivendicando la propria legittimazione all'impugnazione e la fondatezza delle censure dedotte, nonché in via incidentale dal Comune di Terni nella parte relativa all'affidamento diretto del servizio all'Azienda farmaceutica

municipalizzata.

Si è costituita anche nel presente giudizio l'ASL, con articolata memoria difensiva.

All'udienza pubblica del 18.11.2011 la causa è passata in decisione.

6. Osserva il Collegio come sia logicamente prioritario accertare se gli originari ricorrenti, odierni appellanti principali, siano legittimati ad agire, nella loro veste di associazioni sindacali di categoria aventi lo scopo di tutelare gli interessi dei titolari di farmacia della provincia di Terni in Umbria. E come constino, in giurisprudenza, orientamenti difformi, maturati proprio in relazione all'art. 8 del d.l. 347/1991.

6.1. Se nella vicenda in esame il Tar Umbria ha escluso la legittimazione dei ricorrenti, in un precedente quasi coevo il Tar Piemonte ha invece riconosciuto in capo alla Federfarma Piemonte la titolarità di un interesse legittimo in senso proprio, individuabile in quello al rispetto della normativa che disciplina l'assistenza farmaceutica e la distribuzione dei farmaci (Tar Piemonte, II, n. 1268/2004).

6.2. Il tema della legittimazione ad agire è strettamente legato, peraltro, con il merito delle questioni sollevate e delle censure dedotte, che investono le modalità di erogazione dei farmaci.

6.3. In questa prospettiva, è utile ricordare come il sistema del servizio di erogazione dei farmaci sia passato dal regime del monopolio delle farmacie nella assistenza farmaceutica (c.d. diritto di

esclusiva previsto ai sensi dell'art. 122 del t.u. 1265/1934) – che, peraltro, era stato già incrinato dall'art. 28 della l. 833/1978 per i casi di ricovero ospedaliero - ad un sistema di (facoltà per regioni e province autonome di provvedere, anche con provvedimenti amministrativi, alla) erogazione diretta da parte delle aziende sanitarie e delle strutture pubbliche, dei medicinali necessari al trattamento dei pazienti in assistenza domiciliare, residenziale e semiresidenziale, sulla base proprio dell'art. 8. lett. b del d.l. 347/2001, più volte citato, convertito con modifiche dalla l. 405/2001 (v., per questa lettura, Cons. St., IV, n. 5016/2004).

6.4. Tale vicenda, che si inserisce nel più ampio quadro del contenimento della spesa farmaceutica, di cui l'erosione del monopolio delle farmacie rappresenta una delle misure sperimentate nell'ultimo decennio, ha conosciuto ulteriori sviluppi con il d.l. 223 del 2006, convertito in l. 248 del 2006, il cui art. 5 ha permesso la vendita di taluni farmaci anche all'interno degli esercizi commerciali, sebbene “alla presenza e con l'assistenza personale e diretta al cliente di uno o più farmacisti abilitati all'esercizio della professione ed iscritti al relativo ordine”.

6.5. Proprio con riferimento al richiamato art. 5 del d.l. 223/2006, giova ricordare che il Giudice delle leggi, investito della questione di legittimità costituzionale di tale previsione, sollevata da alcune regioni che lamentavano l'invasione della loro sfera di potestà legislativa ex art. 117, ha precisato – con la sentenza n. 430 del 2007 -

che la materia della organizzazione del servizio farmaceutico, va ricondotta al titolo di competenza concorrente della «tutela della salute», come peraltro già avveniva sotto il regime anteriore alla modifica del titolo V della parte seconda della Costituzione. Ciò sul fondamentale rilievo che – si legge nella sentenza citata - “la complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci mira, infatti, ad assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale, sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista (sentenze n. 448 del 2006 e n. 87 del 2006; nonché sentenze n. 275 e n. 27 del 2003), dei quali pure si occupa la norma”.

6.6. In questo modo, sulla base di tale rilievo, si torna alla questione di partenza della controversa legittimazione ad agire dei farmacisti e delle loro associazioni di categoria, a fronte di una serie di delibere di un'ASL con le quali, disciplinando l'organizzazione del servizio di assistenza domiciliare integrata, attraverso la sua estensione ad un più vasto numero di destinatari, si è previsto che la distribuzione diretta dei farmaci sia materialmente effettuata da un soggetto esterno, mediante un'apposita convenzione.

Ciò posto, non è dubitabile che l'ampliamento del numero dei beneficiari dell'assistenza domiciliare cui assicurare l'erogazione diretta dei medicinali comporti, quale conseguenza, una riduzione del

mercato riservato alle farmacie ed ai farmacisti. Si tratta di stabilire se su un simile pregiudizio di fatto, derivante a monte da una volontà legislativa che ha conosciuto e sta conoscendo una evoluzione significativa, possa fondarsi la legittimazione ad agire dei ricorrenti. Tanto più che le censure investono aspetti organizzativi del servizio di assistenza domiciliare, rispetto ai quali va salvaguardata l'autonomia degli enti che tale servizio gestiscono. E che, restando sullo stesso terreno, dovrebbe riconoscersi agli stessi odierni ricorrenti la legittimazione a contestare, in radice, persino l'esistenza dei presupposti per il ricovero dei malati, dal momento che l'assistenza domiciliare rappresenta un servizio alternativo al ricovero e che, in nome di tale alternatività, si giustifica la fornitura diretta dei medicinali.

7. Ricostruito il quadro normativo e la vicenda storica, reputa il Collegio che la legittimazione ad agire vada sicuramente riconosciuta in ordine alla terza delle questioni dedotte, laddove si contesta l'affidamento diretto del servizio in favore dell'Azienda speciale del Comune di Terni.

Detto servizio ha ad oggetto la predisposizione e la consegna dei medicinali prescritti per i pazienti in assistenza domiciliare integrata e per esso è previsto un corrispettivo di euro 35,00 o 45,00 a paziente, a seconda che la consegna sia da effettuarsi dentro o fuori il Comune di Terni, da moltiplicarsi per un numero di pazienti superiore alle 8.000 unità, per un importo complessivo stimato nell'ordine dei

2.000.000,00 di euro.

7.1. Si tratta quindi di un contratto a carattere oneroso, qualificabile alla stregua di un appalto pubblico di servizi, il cui contraente andava scelto sulla base di una gara che ponesse in competizione una pluralità di offerte, garantendo (quanto meno) quello standard minimo di concorrenza che le norme di derivazione comunitaria e la giurisprudenza della Corte di Giustizia prescrivono per l'affidamento di tutti i contratti pubblici (anche per gli appalti di servizi elencati nell'allegato II B, tra i quali vanno ricomprese le prestazioni sociosanitarie, come già sottolineato dall'Ad. Plen. del Cons. St. 1/2008) .

7.2. Né vale richiamare, per giustificare l'assenza della gara e l'affidamento diretto, il rapporto di immedesimazione organica che legherebbe l'Azienda farmaceutica municipalizzata al Comune di Terni, sul modello dell'*in house providing* elaborato dalla giurisprudenza comunitaria. Per la fondamentale ragione che il rapporto contrattuale non intercorre, nel caso di specie, tra il Comune e la sua Azienda speciale quanto, invece, tra questo secondo soggetto e l'Azienda Sanitaria Locale, vale a dire tra due figure soggettive del tutto autonome l'una dall'altra.

7.3. Neppure vale invocare l'art. 15 della l. 241/1990, assumendo che la convenzione in oggetto integri un accordo organizzativo fra pubbliche amministrative. Una volta precisato come la "convenzione" abbia carattere oneroso, e veda come parti contraenti

due soggetti che debbono agire pur sempre secondo criteri economici (l'ASL e l'Azienda municipalizzata del Comune), il richiamo all'art. 15 non è pertinente. Come la giurisprudenza ha già avuto modo di sottolineare, infatti, proprio al fine di non eludere il divieto dell'obbligo di esperire una gara pubblica, l'accordo ai sensi dell'art. 15 deve riguardare l'acquisizione di attività erogata da struttura non solo pubblica, ma anche (e soprattutto) priva di alcuna connotazione imprenditoriale, nell'ampia accezione delineata dall'ordinamento europeo (v. Tar Abruzzo, L'Aquila, n. I, n. 191/2011, che richiama Cons. St., V, n. 4539/2010).

7.4. Ne deriva l'infondatezza, *in parte qua*, dell'appello principale, come anche di quello incidentale proposto dal Comune di Terni.

8. Tale esito, a conferma della sentenza di primo grado, comportando la necessità di mettere a gara l'affidamento del servizio, vale a scongiurare il pericolo paventato dai ricorrenti che l'intero progetto dell'ASL fosse solo formalmente preordinato al contenimento della spesa farmaceutica per essere, invece, nella sostanza, volto a “spostare una quota di mercato dai farmacisti privati alla azienda municipalizzata” (v. ricorso introduttivo a p. 31, cui fa rinvio l'appello a p. 36).

9. Scongiurato tale pericolo, si può quindi dubitare della legittimazione ad agire dei ricorrenti, al cospetto di censure che – come si è già notato - investono gli aspetti organizzativi del progetto di assistenza domiciliare, nel cui contesto la distribuzione diretta dei

farmaci rappresenta un effetto logicamente secondario.

10. Ma anche prescindendo dalla legittimazione, reputa il Collegio che le censure siano comunque infondate nel merito.

10.1. Quanto ai primi due motivi, da esaminare unitamente al quarto, concernenti la supposta incompetenza dell'ASL ad avviare il progetto in contestazione, si può osservare in senso contrario come la Regione umbra abbia dato attuazione all'art. 8 del d.l. 347/2001, sia attraverso il piano sanitario regionale che attraverso le deliberazioni di Giunta (come la n. 291 del 2002 e la n. 583 del 2005), e come l'ASL abbia poi agito all'interno di tale contesto, curandone gli aspetti più immediatamente applicativi.

10.2. Quanto al terzo motivo, prova troppo la tesi secondo cui l'intero progetto in questione altro non sarebbe che un pretesto per introdurre una nuova forma di fornitura diretta dei farmaci, aggirando il monopolio delle farmacie; in assenza di sufficienti elementi di riscontro e una volta stabilito che il servizio di preparazione e distribuzione dei farmaci debba essere affidato al "mercato".

10.3. I restanti motivi quinto e sesto chiamano in causa il rispetto di accordi collettivi e della copertura finanziaria, profili rispetto ai quali i ricorrenti sono portatori di un interesse di mero fatto.

10.4. Ne discende, in conclusione, l'inammissibilità, quando non anche l'infondatezza, del ricorso in tale sua parte e, quindi, la piena conferma della sentenza impugnata.

11. Le spese del giudizio possono essere compensate, tra tutte le parti costituite, in ragione della novità e della complessità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello principale e su quello incidentale, li respinge entrambi.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 18 novembre e 16 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2012

IL SEGRETARIO

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