

LE FORME DI GESTIONE DELLE FARMACIE COMUNALI, IN PARTICOLARE SUL DIVIETO DI CONCESSIONE A TERZI

Nota del dott. Alceste Santuari

SOMMARIO: *1. Inquadramento normativo ed istituzionale - 1.1. Il servizio farmaceutico quale componente del Servizio Sanitario Nazionale - 1.2. Il ruolo dei Comuni - 1.3. Ma la sanità è un servizio pubblico locale? - 1.4. Le disposizioni contenute nel d.l. n. 1/2012 (c.d. "Salva Italia") - 2. I modelli di gestione del servizio di farmacia comunale - 2.1. La gestione a mezzo di società di capitali a partecipazione pubblica - 2.2. La gestione delle farmacie comunali a mezzo di convenzioni tra comuni - 2.3. Le farmacie comunali non possono essere gestite secondo il modello dell'affidamento a terzi. Brevi considerazioni finali.*

1. Inquadramento normativo ed istituzionale.

1.1. Il servizio farmaceutico quale componente del Servizio Sanitario Nazionale. Le farmacie - siano esse gestite da privati farmacisti ovvero rientranti nella titolarità comunale - integrano un'organizzazione strumentale di cui il Servizio Sanitario (nazionale e, a fortiori, giusta la L.C. n. 3/2001, quello regionale) si avvale per l'esercizio del compito di servizio pubblico loro assegnato dal legislatore. La distribuzione dei farmaci è una finalità espressa del Ssn (art. 2, comma 1, n. 7, legge n. 833 del 1978) e costituisce senz'altro parametro per i livelli essenziali di assistenza (art. 2, decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, così come novellato dal decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229).¹

¹ Nelle farmacie, pubbliche e private, è rinvenibile una "doppia vocazione" dell'attività svolta, identificabile "nell'attività economica *tout court* e nell'attività di pubblico servizio" (D. DE GRAZIA – E. MENICHETTI, *Il "servizio farmaceutico" e le forme di gestione delle farmacie comunali tra riforma dei servizi pubblici locali e nuovo titolo V della costituzione*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 7-8/03, p. 784), circostanza che ha indotto a ritenere che "gli esercizi farmaceutici sono retti da un

Pertanto, l'esercizio dell'attività di assistenza farmaceutica rappresenta un cardine della "materia" diritto alla salute, garantito e assicurato, nel nostro ordinamento, dallo Stato e dalle Regioni, le quali la esercitano a mezzo delle proprie strutture sanitarie locali (ASL ovvero ULSS).²

La collocazione del servizio farmaceutico all'interno del SSN permette che la complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci assicuri e controlli l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali e, in tal senso, garantisce la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando, in quest'ottica, marginale sia il carattere professionale, sia la natura commerciale dell'attività del farmacista.³

ordinamento peculiare, nel quale coesistono tratti di libera impresa e tratti di servizio pubblico regolamentato". TAR Umbria, sentenza 16 febbraio 2000, n. 142.

² In giurisprudenza, da ultimo, si veda Tar Piemonte, sez. II, sentenza 14 giugno 2013, n. 767, laddove si legge che "[...] secondo un recente orientamento della giurisprudenza sia contabile che amministrativa, la gestione delle farmacie comunali da parte degli Enti locali deve considerarsi realizzata "in nome e per conto" del Servizio Sanitario Nazionale, come tale non essendo riconducibile né all'ambito dei servizi di interesse generale nella definizione comunitaria, né alla disciplina sui servizi pubblici locali secondo l'ordinamento italiano; piuttosto deve ritenersi che l'attività di gestione delle farmacie comunali costituisca esercizio di un servizio pubblico, trattandosi di un'attività rivolta a fini sociali ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. n. 267 del 2000 il quale consente agli Enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di provvedere alla gestione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali (cfr., ex multis, Corte dei conti, sez. reg. controllo Puglia, parere n. 3 del 2008; Cons. Stato, sez. III, n. 729 del 2013; TAR Campania, Napoli, sez. V, n. 699 del 2012 e n. 2939 del 2011)."

³ Al riguardo, cfr. sentenza della Corte Costituzionale 10 ottobre 2006, n. 87, a tenore della quale "la complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci è infatti preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo

1.2. Il ruolo dei Comuni. Per quanto attiene ai Comuni, quando questi ultimi intendono esercitare il diritto di prelazione,⁴ ossia la facoltà loro riconosciuta di gestire le farmacie comunali, a mezzo dello strumento giuridico-organizzativo ritenuto più idoneo allo scopo, si può affermare che essi concorrono alla implementazione e attuazione del servizio sanitario nazionale. Tuttavia, occorre evidenziare che per poter realizzare tale obiettivo, l'ente locale necessita di un apposito provvedimento regionale conformativo (l'autorizzazione-concessione), che legittima lo svolgimento del servizio farmaceutico comunale nelle forme stabilite dalla normativa di settore.

Da ciò consegue, quale elemento caratterizzante il sistema complessivo, che il servizio farmaceutico, ancorché gestito tramite un'organizzazione di cui è titolare il comune, dovrebbe essere

profilo, sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista". Sul carattere pubblico a presidio dell'erogazione dei servizi sanitari, ivi compreso quello farmaceutico, si veda la Relazione del Parlamento Europeo su "Un impegno comune per la salute: Approccio strategico dell'UE per il periodo 2008-2013", 16 settembre 2008, con la quale si impegnano la Commissione Europea e i singoli Stati Membri a considerare "i sistemi di sanità solidali" quali "elemento essenziale del modello sociale europeo e i servizi sociali e sanitari di interesse generale" capaci di adempiere ad un obiettivo di interesse generale, "contribuendo grandemente alla giustizia e alla coesione sociale".

⁴ Il diritto di prelazione riconosciuto in capo ai comuni, enti locali esponenziali di tutela di interessi collettivi, è considerato quale presupposto di tutela da parte degli enti locali medesimi del diritto alla salute dei cittadini. Invero, il servizio farmaceutico è, in quest'ottica, identificato quale "garanzia del diritto alla salute" sul territorio, innervato nella programmazione sanitaria regionale. Così, Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1724. Sul punto, si veda ancora Tar Piemonte, *cit.*, dove i giudici amministrativi affermano che se "pur se espressamente limitata solo a specifiche categorie di farmacie neo-istituite, infatti, la novella del 2012 è espressione del principio generale di mantenimento della gestione in capo all'Ente locale titolare della farmacia, con conseguente implicita riconferma dell'impraticabilità di diversi modelli."

annoverato alla stregua di un servizio pubblico in titolarità generale, anziché un servizio pubblico locale.⁵ Invero, anche a voler ricomprendere la gestione delle farmacie comunali nel novero dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, le farmacie, innanzitutto, costituiscono parte integrante dell'organizzazione del Ssn. E ciò sia in ragione della loro diffusione e articolazione sul territorio, sia in virtù dell'obbligo stabilito in capo alle stesse di erogare farmaci agli assistiti e a chiunque ne faccia richiesta.

1.3. Ma la sanità è un servizio pubblico locale? Al fine di comprendere il set di norme applicabili al servizio farmaceutico, in specie quando gestito dagli enti locali, risulta utile interrogarci sulla configurazione dei servizi sanitari. Si può ritenere che i servizi sanitari, e quindi anche quello farmaceutico, siano da annoverare tra i servizi pubblici locali? E' questa la domanda che il legislatore nazionale si è posto al momento di decidere se il servizio farmaceutico doveva essere inserito nella cornice normativa di riforma dei servizi pubblici locali (*ex art. 23-bis, d.l. n. 112/2008*).⁶

⁵ In questo senso, si veda Tar Campania, Napoli, sez. V, sentenza 1 giugno 2011, n. 2939, nella quale si può leggere che “la gestione delle farmacie comunali da parte degli Enti locali deve essere collocata in una modalità gestoria “in nome e per conto” del Servizio Sanitario Nazionale, come tale non riconducibile né all’ambito dei servizi di interesse generale nella definizione comunitaria, né alla disciplina sui servizi pubblici locali secondo l’ordinamento italiano; piuttosto deve ritenersi che l’attività di gestione delle farmacie comunali costituisca esercizio di un servizio pubblico, trattandosi di un’attività rivolta a fini sociali ai sensi dell’art. 112 del Decr. Legisl. n.267/2000 che consente agli Enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, di provvedere alla gestione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.”

⁶ Considera, al contrario, il servizio farmaceutico quale servizio pubblico locale la Sezione controllo della Corte dei Conti per la Regione Lombardia: cfr. deliberazioni n. 195/2009/PAR e n. 196/2009/PAR). Il servizio farmaceutico, ancorché chiamato a confrontarsi con logiche di mercato e di contenimento della spesa sanitaria, rimane un sistema fortemente ancorato al principio di sanità pubblica, secondo l’accezione

comunitaria del termine, ossia non riconducibile *prima facie* a logiche commerciali e/o lucrative. Queste ultime, poi, mal si conciliano con forme di affidamento del servizio fondate sull'individuazione di un unico soggetto concessionario, la cui gestione può durare anche decenni, durante i quali il servizio è "sottratto" a logiche di confronto concorrenziale, come, al contrario, era ribadito dall'abrogato art. 4, l. 148/2011. Come ribadito poc'anzi, il servizio farmaceutico, già nella previsione dell'ex art.23-bis e, successivamente, anche nella previsione dell'art. 4, comma 34, l. n. 148/2011 è escluso dal novero dei servizi soggetti alla disciplina della concorrenza. Tuttavia, benché il testo normativo non sembri dare adito ad interpretazioni diverse da quelle che non intendono le farmacie comunali tra i servizi "liberalizzabili", altre sono le disposizioni normative che possono incidere sulla configurazione (*rectius*: gestione) delle farmacie pubbliche. E' questo il caso dell'art. 14, comma 32 del d.l. n. 78/2010 (convertito dalla l. n. 122/2010 e s.m.i.) riguardante le partecipazioni societarie da parte dei comuni. I comuni intendono costituire una società (mista) per la gestione delle farmacie pubbliche, per le quali hanno opzionato il diritto di prelazione previsto dalla normativa speciale. Considerando l'oggetto sociale (la gestione del servizio farmaceutico) che integra un servizio pubblico di natura sanitaria, sottratto pertanto come tale alla disciplina sulla concorrenza, la partecipazione societaria non dovrebbe rientrare nel divieto previsto dalla l. 122/2010 sopra citata. Al contrario, invece, la Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, con pareri dell'8 novembre 2011, n. 570 e del 12 dicembre 2011, n. 657, riprendendo il n. 959 del 2010, ribadisce che "a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14, comma 32, del d.l. n. 78, conv. in l. n. 122 del 2010 gli enti locali con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non possono procedere, in linea di massima, alla costituzione di società di capitali[...]". In una precedente delibera (la n. 489 del 26 settembre 2011) la medesima sezione di controllo Regione Lombardia aveva già sostenuto che anche gli schemi societari per la gestione del servizio di farmacia comunale incontrano le limitazioni previste dall'art. 14, comma 32 del d.l. n. 78/2010 (convertito in l. n. 122/2010 e s.m.i.). Da ciò pertanto discende che il servizio farmaceutico, il quale *ratione materiae* risulta escluso dal contesto pro concorrenziale previsto per gli altri servizi pubblici locali, rientra a pieno titolo – qualora gestito sotto forma di società di capitali – nelle previsioni che impediscono agli enti locali di mantenere partecipazioni societarie. Da segnalare che i giudici contabili affermano – a sostegno della loro decisione – che "d'altronde, oltre all'ormai esplicito riferimento legale in un quadro di tendenziale disfavore del recente Legislatore nei confronti delle società a partecipazione pubblica, resta pregnante il criterio interpretativo di matrice teleologica

Invero, qualora le farmacie (in specie, comunali) fossero rientrate nel novero dei servizi pubblici locali *tout court*, difficilmente, ancorché con qualche deroga, avrebbero potuto sfuggire ai canoni comunitari secondo i quali deve prevalere l'affidamento del servizio a mezzo di procedura ad evidenza pubblica. Al contrario, considerando il servizio farmaceutico, come, peraltro, la normativa, la dottrina e (in parte) la giurisprudenza (anche comunitaria) ribadiscono, alla stregua di un servizio di carattere sanitario, le farmacie (comunali) debbono essere escluse dai procedimenti di gara.

Favorire un'opzione che identifica le farmacie comunali quali presidi socio-sanitari territoriali significa affermare la prevalenza della natura sanitaria e, conseguentemente, non "concorrenziale" delle farmacie.

che nega un rapporto di specialità tra le due normative, con conseguente applicazione "congiunta", in quanto operanti su piani diversi: l'una (art. 4 d.l. n. 138/2011) nell'ottica della legittimità degli affidamenti a tutela della concorrenza, l'altra (art. 14 comma 32 d.l. n. 78/2010) sotto il profilo della legittimità della partecipazione societaria in base alle dimensioni dell'ente e fatte salve le sole attività per le quali il Legislatore ritenga necessario lo svolgimento mediante modulo societario". In "mezzo" dunque il servizio farmaceutico pubblico che, se gestito a mezzo di società di capitali e, ricorrendo i limiti dimensionali di popolazione previsti dalla norma su richiamata, impone al comune di alienare la propria partecipazione nella società di gestione.

Non solo: attesi i limiti imposti dall'art. 14, comma 2 d.l. n. 78/2010 i comuni aventi popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non possono nemmeno costituire una società (es. srl) di gestione del servizio farmaceutico. Né, tantomeno, possono optare per la concessione a terzi previa gara ad evidenza pubblica, poiché è necessario che l'ente locale mantenga il controllo e la gestione diretta di una propria funzione istituzionale, in coerenza con la finalità di servizio pubblico essenziale insita nel servizio farmaceutico (Corte dei Conti, sezione Regionale di controllo per la Regione Lombardia, 12/12/2011, n. 657). Servizio farmaceutico che la stessa sezione di controllo non esita ad identificare quale "servizio pubblico essenziale, a carattere locale e a tendenziale rilevanza economica".

Affermare la specificità del servizio farmaceutico corrisponde a significare un progressivo riconoscimento delle peculiarità di un'offerta di servizi al cittadino che nel nostro Paese non può essere confusa con altre.

Le farmacie pubbliche, almeno in punto di diritto positivo, non vengono attratte nella sfera di applicazione delle norme concernenti i servizi pubblici locali, come ribadito dall'art. 4, l. n. 148/2011 (cd. "manovra finanziaria di Ferragosto", successivamente⁷ abrogato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012) e dall'art. 9 della legge di stabilità, approvata nel mese di novembre 2011.

Al riguardo, si ricorda che anche la Direttiva relativa ai servizi nel mercato interno e il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, recante "Attuazione della Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (pubblicato sulla G.U. 23 n. 94 del 23 aprile 2010) escludono dall'ambito di applicazione delle disposizioni ivi contenute i servizi sociali (art. 3) e quelli sanitari (art. 7), tra cui si ricomprendono i servizi farmaceutici.

⁷ Sembrerebbe deporre a favore della configurazione del servizio farmaceutico quale servizio "estraneo" alla disciplina riguardante i servizi pubblici locali la circostanza per la quale, una volta esercitato il diritto di prelazione, ai comuni è inibita la possibilità di deliberare la cessione a terzi della titolarità della farmacie e dell'azienda commerciale. In questo senso, è stato evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa che "alle farmacie pubbliche non è applicabile il criterio della "corrispondenza biunivoca" fra titolarità e gestione, non potendosi configurare la circolazione giuridica del diritto all'esercizio della licenza, in quanto essa rappresenta un bene vincolato al programma societario, indipendentemente dal complesso aziendale preposto alla gestione[...] Proprio perché costituita per la gestione del servizio farmaceutico, la società, dopo [l'eventuale] trasferimento della titolarità della farmacia, rimarrebbe priva del socio maggioranza (se a capitale pubblico maggioritario) e, comunque, dell'oggetto sociale, con automatico avvio della procedura di liquidazione, indipendentemente dalla volontà degli altri soci o dal verificarsi delle altre cause estintive previste dall'art. 2272 c.c.". Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 marzo 2011, n. 1724.

1.4. Le disposizioni contenute nel d.l. n. 1/2012 (c.d. “Salva Italia”). Per quanto di attinenza ai quesiti sottoposti, l’art. 11 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, a proposito del servizio farmaceutico, stabilisce che l’apertura di nuove sedi farmaceutiche si realizza attraverso l’abbassamento del *quorum* demografico.⁸ In tal senso, ai comuni è

⁸ Art. 11 “Potenziamento del servizio di distribuzione farmaceutica, accesso alla titolarità delle farmacie, modifica alla disciplina della somministrazione dei farmaci e altre disposizioni in materia sanitaria”

1. Al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, nonché di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico, alla legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 1, il secondo e il terzo comma sono sostituiti dai seguenti:

«Il numero delle autorizzazioni é stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti. La popolazione eccedente, rispetto al parametro di cui al secondo comma, consente l'apertura di una ulteriore farmacia, qualora sia superiore al 50 per cento del parametro stesso»;

b) dopo l'articolo 1 é inserito il seguente:

«Art. 1-bis. - 1. In aggiunta alle sedi farmaceutiche spettanti in base al criterio di cui all'articolo 1 ed entro il limite del 5 per cento delle sedi, comprese le nuove, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentita l'azienda sanitaria locale competente per territorio, possono istituire una farmacia:

a) nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti civili a traffico internazionale, nelle stazioni marittime e nelle aree di servizio autostradali ad alta intensità di traffico, dotate di servizi alberghieri o di ristorazione, purché non sia già aperta una farmacia a una distanza inferiore a 400 metri;

b) nei centri commerciali e nelle grandi strutture con superficie di vendita superiore a 10.000 metri quadrati, purché non sia già aperta una farmacia, a una distanza inferiore a 1.500 metri»

c) l'articolo 2 e' sostituito dal seguente:

«Art. 2. - 1. Ogni comune deve avere un numero di farmacie in rapporto a quanto disposto dall'articolo 1. Al fine di assicurare una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico, il comune, sentiti l'azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, al fine di assicurare un'equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì

conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate.

2. Il numero di farmacie spettanti a ciascun comune é sottoposto a revisione entro il mese di dicembre di ogni anno pari, in base alle rilevazioni della popolazione residente nel comune, pubblicate dall'Istituto nazionale di statistica».

2. Ciascun comune, sulla base dei dati ISTAT sulla popolazione residente al 31 dicembre 2010 e dei parametri di cui al comma 1, individua le nuove sedi farmaceutiche disponibili nel proprio territorio e invia i dati alla regione entro e non oltre trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

3. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano provvedono ad assicurare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, la conclusione del concorso straordinario e l'assegnazione delle sedi farmaceutiche disponibili di cui al comma 2 e di quelle vacanti. In deroga a quanto previsto dall'articolo 9 della legge 2 aprile 1968, n. 475, sulle sedi farmaceutiche istituite in attuazione del comma 1 o comunque vacanti non può essere esercitato il diritto di prelazione da parte del comune. Entro sessanta giorni dall'invio dei dati di cui al comma 2, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano bandiscono il concorso straordinario per soli titoli per la copertura delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione e per quelle vacanti, fatte salve quelle per la cui assegnazione, alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, la procedura concorsuale sia stata già espletata o siano state già fissate le date delle prove. Al concorso straordinario possono partecipare i farmacisti, cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea, iscritti all'albo professionale: a) non titolari di farmacia, in qualunque condizione professionale si trovino; b) titolari di farmacia rurale sussidiata; c) titolari di farmacia soprannumeraria; d) titolari di esercizio di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248. Non possono partecipare al concorso straordinario i farmacisti titolari, compresi i soci di società titolari, di farmacia diversa da quelle di cui alle lettere b) e c).

4. Ai fini dell'assegnazione delle nuove sedi farmaceutiche messe a concorso ciascuna regione e le province autonome di Trento e di Bolzano istituiscono, entro trenta giorni dalla data di pubblicazione del relativo bando di concorso, una commissione esaminatrice regionale o provinciale per le province autonome di Trento e di Bolzano. Al concorso straordinario si applicano, in quanto compatibili,

attribuito il potere-facoltà di intervenire per incrementare la gamma di servizi a favore della popolazione, istituendo nuove farmacie e contestualmente prevedendo che tali aperture rispondano a criteri di proporzionalità, così che sia evitato un numero sproporzionato rispetto a quello della popolazione e di localizzazione, ossia che le nuove farmacie rispondano congruamente alla distribuzione della popolazione medesima sul territorio.⁹

le disposizioni vigenti sui concorsi per la copertura delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione o vacanti, nonché le disposizioni del presente articolo.” (*omissis*)

⁹ Il Tar Venezia, sez. III, con sentenza 18 luglio 2012, n. 1020 ha riconosciuto la legittimità della scelta di un comune di istituire una nuova farmacia nel territorio comunale, in quanto sussistono le condizioni *ex art.* 11 del d.l. n. 1/2012. L’articolo in parola, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, conv. con mod. in l. n. 27 del 2012, consente l’apertura di una nuova farmacia quando la popolazione residente ecceda del 50 per cento il numero di 3300. I giudici amministrativi hanno statuito che:

1. l’art.11 del D.L. n.1 del 2012 consente l’apertura di una nuova sede quando la popolazione residente ecceda del 50 per cento il numero di 3300, e la popolazione del Comune risulta essere di 6277 abitanti;
2. in ordine alla concreta ubicazione prescelta, la conformazione territoriale del Comune – il cui centro si espande per circa due chilometri - consente la collocazione di una nuova sede dalla parte opposta di quella esistente;
3. così si realizzano quegli obiettivi di implementazione della concorrenza e della distribuzione e miglior fruizione del servizio sottesi alla normativa richiamata, consentendolo anche alle zone periferiche comunali;
4. è dunque legittimo il provvedimento con cui è stata deliberata l’istituzione di una nuova sede farmaceutica nel territorio comunale,

Nella sentenza, i giudici amministrativi veneti, tralasciando di soffermarsi sugli aspetti economico-imprenditoriali ovvero su quelli riguardanti la tutela della salute, componenti inscindibilmente collegati nell’esercizio farmaceutico, hanno ritenuto di “implementare” la nuova disciplina riguardante le sedi farmaceutiche, affermando in questa direzione la facoltà dei comuni di provvedere a rendere maggiormente fruibile il servizio a favore della comunità.

Il diritto alla salute viene ribadito e rafforzato anche dal TAR Friuli Venezia Giulia, sentenza 3 settembre 2012, n. 338, con la quale i giudici amministrativi hanno stabilito che:

Le farmacie, dentro questo contesto, non si muovono, dunque, in un “libero mercato”, ma in un sistema in cui prevale l’interesse pubblico rispetto all’interesse – necessario e importante – di carattere economico-imprenditoriale, che pure esiste.

2. I modelli di gestione del servizio di farmacia comunale.

La disciplina delle modalità di gestione del servizio di farmacia comunale è contenuta nella normativa di settore, costituita dall’art. 9, l. n. 475/1968, come modificato dall’art. 10, l. n. 362/1991, recante “Norme concernenti il servizio farmaceutico”, e, per espresso rinvio operato dalla stessa normativa di settore, nella normativa generale sulle modalità organizzative dei servizi pubblici locali.¹⁰ L’art. 9, comma 1, l. n. 475/1968, così come sostituito dalla l. 8 novembre 1991, n. 362, stabilisce infatti che le farmacie comunali devono essere gestite, “ai sensi della legge 8 giugno 1999, n. 142”, secondo i modelli ivi elencati. Più precisamente, l’art. 9, comma 1, l. n. 475/1968 dispone che: “La titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta

1. la programmazione rimane in capo agli enti locali, che possono così definire sulla base di valutazioni concrete e territorialmente sentite l’ubicazione migliore delle sedi farmaceutiche;

2. conferma il principio secondo il quale l’assistenza farmaceutica rimane sì annoverata tra le libertà di iniziativa economica, che tuttavia possono tollerare alcune limitazioni in forza di interessi di rango superiore, quale è quello del diritto alla salute.

Alla luce di quanto sopra descritto, la sentenza in oggetto ha inteso riconoscere che l’art. 11, d.l. n. 1/2012, nella cornice delle competenze che spettano in materia alle Regioni, affida ai comuni quel ruolo di “prima e ultima istanza” rispetto all’individuazione delle risposte più adeguate per assicurare un’efficace e pronta risposta alle istanze dei cittadini, contribuendo così ad assicurare i livelli essenziali delle prestazioni.

¹⁰ Per la specifica configurazione del servizio farmaceutico rispetto ai servizi pubblici locali, si veda *supra* par. 1.3.

organica può essere assunta per la metà dal comune. Le farmacie di cui sono titolari i comuni possono essere gestite ai sensi della l. 8 giugno 1990, n. 142, nelle seguenti forme:

- a) in economia;
- b) a mezzo di azienda speciale;
- c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono titolari;
- d) a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità. All'atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti".

La normativa di settore richiama, pertanto, per la gestione delle farmacie comunali, le forme organizzative previste dall'ordinamento allora vigente (l. n. 142/1990) con riguardo ai servizi pubblici locali in genere, con alcune rilevanti limitazioni ovvero precisazioni.¹¹ La prima riguarda il fatto che soci nelle società a prevalente capitale pubblico locale consentite dall'ordinamento generale possono essere anche i farmacisti già dipendenti comunali. La seconda è costituita dall'esclusione della concessione di servizi *ex art. 30* del d. lgs. n. 163/2006, esclusione da ritenersi motivata dal fatto che il modo ordinario di esternalizzare il servizio farmaceutico è quello dell'autorizzazione all'esercizio dello stesso da parte dei privati. La terza è costituita dall'esclusione della istituzione come modulo di gestione delle farmacie comunali.

¹¹ Dalla normativa di settore si può evincere l'evidenza "che la scelta di esercitare il diritto di prelazione per la gestione della prima farmacia municipalizzata sul territorio e quella di privilegiare l'una o l'altra delle possibili modalità di gestione ammesse dalla normativa vigente rientra nelle esclusive e responsabili facoltà discrezionali" dei comuni. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Regione Lombardia, 3 febbraio 2011, n. 70.

Come abbiamo avuto modo di ribadire, la natura pubblicistica del servizio farmaceutico si rileva in base ad una serie di indici di carattere formale e sostanziale, cui la legge 2 aprile 1968 n. 475 subordina il concreto esercizio dell'attività. Al riguardo, si rammenta che il d. l. n. 135/2009, nel testo emerso dalla conversione operata dalla legge n. 166/2009, ha escluso le farmacie comunali dalla disciplina dei servizi a rilevanza economica, dettata dall'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008 (convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133), mantenendo la riconduzione della gestione delle farmacie municipali alle forme previste dall'art. 9 della legge 2 aprile 1968 n.475 (c.d. legge "Mariotti"), come sostituito dall'art. 10 della legge di riordino del servizio farmaceutico, n. 362/1991.

Successivamente, il referendum abrogativo del citato art. 23 bis (consacrato nel D.P.R. 19 luglio 2011, n.133) ha pertanto solo marginalmente inciso sulla questione della disciplina applicabile ai settori "esclusi".

Anche l'art. 4, comma 34, del d.l. n. 138/2011, recante "adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione Europea", escludeva dal proprio campo operativo (ad eccezione dei commi da 19 a 27), alcuni servizi, fra cui la gestione delle farmacie comunali, regolate dalla legge n. 475/1968.

Sotto il profilo ermeneutico, dunque, ne consegue che la segregazione normativa ribadita più volte dal legislatore per il servizio di gestione delle farmacie comunali, rende la legge "Mariotti" e successive modifiche, la fonte normativa da cui trarre spunto per definirne le modalità di gestione.¹²

¹² E', dunque, in questa cornice normativa di riferimento, che – come hanno evidenziato i magistrati contabili - "la resa concreta del servizio [farmaceutico] è di spettanza dell'ente locale, cui compete la valutazione circa le modalità ottimali di espletamento del servizio farmaceutico, con riguardo ai costi, ai margini di copertura

2.1. La gestione a mezzo di società di capitali a partecipazione pubblica. La legge di settore non contempla(va) la gestione della farmacia comunale mediante società di capitali a partecipazione totalitaria pubblica. Tuttavia, sia alla luce del noto principio di autonomia degli enti locali, principio secondo il quale, a fortiori, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012,¹³ agli enti locali è consentito, adeguatamente motivandone la scelta, optare per soluzioni diverse dalla procedura ad evidenza pubblica, sia in ragione dello specifico settore di intervento, i comuni possono ricorrere alla formula della società di capitali (spa ovvero srl) a partecipazione totalitaria pubblica (in house).¹⁴

degli stessi, all'organizzazione del servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza, dal un lato, e dell'universalità e dell'erogazione dei livelli essenziali delle prestazioni, dall'altro". Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, 14 settembre 2011, n. 489/2011/PAR. In questo senso, dunque, deve considerarsi legittimo l'impiego di una società a responsabilità limitata attraverso la quale il comune intende operare in competizione concorrenziale con le farmacie private. Lo schema societario a responsabilità limitata della farmacia municipale evidenzia la propensione per la gestione del servizio a rilevanza economica, secondo criteri di autosufficienza finanziaria, mediante la quale i ricavi generati dall'attività di distribuzione dei farmaci coprono integralmente i costi complessivi della resa del servizio.

¹³ Al riguardo, si segnala la deliberazione n. 173 del 20 settembre 2012 della Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Basilicata, in cui i magistrati contabili ribadiscono che l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali *in house* ed a società mista può avvenire in conformità alle regole del diritto comunitario. Infatti, essi richiamano il fatto che a seguito della caducazione delle disposizioni riguardanti i spl determinati prima dalla consultazione referendaria del giugno 2011 (l'art. 23 bis del D.L. n. 112 del 2008) e, successivamente, dalla sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale (l'art. 4 del D.L. n. 138/2011), debbono considerarsi "superate" le norme nazionali che prevedevano l'espansione della regola generale comunitaria che impone l'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica.

¹⁴ In questo senso, si veda la deliberazione 17 dicembre 2012, n. 532 della Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, in cui i giudici contabili sostengono che "la previsione di un nuovo schema societario, non rientrante nel

E ciò soprattutto in ragione dell'impianto generale della legge n. 475/1968, la quale ha inteso valorizzare la funzione sociale dell'attività farmaceutica. In quest'ottica, la finalità sociale dell'attività,¹⁵ - come già ricordato - la normativa settoriale applicabile al servizio farmaceutico comunale non consente infatti una scissione sostanziale fra la titolarità del servizio e il suo concreto esercizio mediante lo strumento della concessione a terzi,¹⁶ sia pur individuati con gara ad evidenza pubblica. E' necessario, infatti, che l'ente locale mantenga il controllo e la gestione diretta di un proprio servizio istituzionale, in coerenza con la finalità pubblica insita nel servizio farmaceutico.

Si tratta di una funzione che trova nel diritto di prelazione a favore dei Comuni una delle espressioni paradigmatiche. Invero, la norma attribuisce ai "Comuni il diritto di preferenza rispetto ai privati, in quanto il servizio di farmacia comunale si connota di tratti pubblicistici, di matrice assistenziale e sanitaria, la cui cura concreta richiede l'intervento della pubblica amministrazione nella gestione

novero delle modalità di resa del servizio elencate nella legge "Mariotti", pare ampliare gli strumenti giuridici selezionabili dalla pubblica amministrazione per perseguire i propri fini. I modelli di gestione delle farmacie comunali, previsti dall'art. 9 della legge n. 475/1968, non sembrano dunque avere carattere tassativo (cfr. parere n. 489/2011), salvo le limitazioni esposte in seguito (in coerenza alla ratio generale della normativa). Sul piano del diritto interno, si osserva che la gestione di un servizio pubblico (quale una farmacia comunale), mediante una società a totale partecipazione comunale, rappresenta una forma tipica di resa del servizio (cfr. l'abrogato art. 113 comma 5 del d.lgs. n. 267/2000) e la prassi negoziale ha seguito l'evolversi dell'ordinamento (plurimi sono i casi di società interamente partecipate gerenti il servizio farmaceutico, in via esclusiva o assieme ad altre attività)."

¹⁵ Cfr. Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, deliberazione 70/2011/PAR del 3 febbraio 2011.

¹⁶ Cfr. Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, deliberazioni n. 70/2011/PAR, n. 49/2012/PAR e n. 446/2012/PAR.

dell'attività.”¹⁷ Se l'amministrazione, dunque, ha inteso esercitare la prelazione, l'opzione presuppone la decisione a monte di assumere direttamente la gestione del servizio nelle forme previste dalla legge Mariotti o, in linea con l'interpretazione evolutiva prima evidenziata, mediante società interamente partecipata.

2.2. La gestione delle farmacie comunali a mezzo di convenzioni tra comuni. La Corte dei conti, sezione regionale di controllo per la Regione Lombardia, con parere n. 26 del 23 gennaio 2013, ha statuito la legittimità di gestire una farmacia comunale ricorrendo allo strumento della convenzione *ex* art. 30, TUEL (d. lgs. n. 267/2000) sottoscritta da due comuni interessati all'erogazione del servizio.

Il parere in parola presenta alcuni spunti di notevole interesse soprattutto per la ricostruzione sistematica che la Corte opera in ordine allo strumento giuspubblicistico della convenzione. Come è noto, e come è stato ribadito nel parere della medesima sezione di controllo n. 532/2012, che le farmacie di cui sono titolari i Comuni possono essere gestite, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 475/1968, in una delle seguenti forme:

- in economia;
- a mezzo azienda speciale;
- a mezzo consorzi tra Comuni per la conduzione di farmacie di cui sono titolari;
- a mezzo di società di capitali costituite tra il Comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui l'ente abbia la titolarità.

Come si può evincere dall'elencazione sopra richiamata, la legge non contempla il modello della “convenzione” fra enti locali, previsto dall'art. 30 del TUEL. Tuttavia, i magistrati contabili, richiamando

¹⁷ Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, deliberazione 17 dicembre 2012, n. 532.

altresì i pareri della Sezione Lombardia, n. 489/2011, n. 426/2010 e n. 196/2009, nonché della Sezione Puglia n. 3/2008, evidenziano che “i modelli di gestione delle farmacie comunali, elencati dalla predetta norma non hanno carattere tassativo, salvo le limitazioni discendenti dalla ratio generale della disciplina, tesa, in particolare, a valorizzare la funzione sociale dell’attività farmaceutica (di cui il diritto di prelazione, a favore del Comune, ne costituisce una delle espressioni. Si rinvia al parere della Sezione n. 70/2011)”.

Il Collegio è consapevole della specificità del servizio farmaceutico, per il quale “la normativa settoriale applicabile al servizio farmaceutico comunale non consente, infatti, una scissione sostanziale fra la titolarità del medesimo ed il suo concreto esercizio, per esempio mediante lo strumento della concessione a terzi (cfr., fra tutte, le deliberazioni della Sezione n. 49/2012/PAR e n. 446/2012/PAR) sia pur individuati con gara ad evidenza pubblica”. E’, infatti, necessario che l’ente locale mantenga il controllo e la gestione diretta, in coerenza con la finalità pubblica insita nel servizio farmaceutico. In quest’ottica, occorre ricordare che l’inerenza è da ritenersi prevalente rispetto alla natura potenzialmente commerciale dell’attività.

La convenzione come stabilita dall’art. 30 del TUEL, d.lgs. n. 267/2000, deve considerarsi uno strumento a disposizione degli enti locali qualora essi intendano svolgere in modo coordinato funzioni e servizi, dei quali la convenzione deve stabilire la durata, le forme di consultazione, i rapporti finanziari ed i reciproci obblighi e garanzie. Come la prassi ha insegnato soprattutto nel contesto dei servizi socio-sanitari e socio-assistenziali nella Regione Emilia – Romagna, le convenzioni possono prevedere anche la costituzione di uffici comuni, che operano con personale distaccato dagli enti partecipanti ovvero la delega di funzioni da parte degli enti partecipanti all'accordo a favore di uno di essi, che opera in luogo e per conto degli enti deleganti.

Ben si riesce a comprendere perché i giudici contabili ritengano percorribile ed ammissibile lo strumento della convenzione per la gestione della farmacia pubblica: “la disciplina posta dal d.lgs. n. 267/2000 evidenzia come, nel modello gestionale della convenzione, non vi sia scissione fra titolarità del servizio e gestione del medesimo, posto che vi è un’integrazione fra gli uffici dei rispettivi Comuni al fine di erogare il servizio in maniera più efficace ed economica.”

I giudici richiamano altresì la fondamentale circostanza per la quale l’assetto regolamentare della convenzione deve, comunque, assicurare che, “in concreto, tale scissione non vi sia (per esempio non affidando de plano la gestione del servizio agli uffici dell’altro Comune) e mantenere la direzione ed il coordinamento del servizio farmaceutico (oltre che la valutazione sui risultati conseguiti) in capo al Comune titolare.” Come a dire: uffici in comune sì, ma i comuni rimangono titolari rispettivamente delle proprie competenze e funzioni.

Come richiamato in apertura di questo contributo, il reasoning della Corte dei Conti lombarda risulta di interesse anche per la “legittimazione” che della convenzione i giudici forniscono. Essi, infatti, richiamando la “legge Mariotti”, la quale prevede, fra le modalità di gestione, il consorzio fra Comuni, individuano la convenzione alla stregua di “un di cui” dei consorzi disciplinati dall’art. 31 del TUEL (nel medesimo Capo V “Forme associative”, in cui è disciplinata la convenzione). La Corte ritiene il consorzio una forma di collaborazione maggiormente integrata, che presuppone “la creazione di un soggetto gestore distinto dai Comuni consorziati”, ma che è pur sempre espressione di una intenzione degli enti locali di stabilire un meccanismo di partnership interistituzionale allo scopo di perseguire una finalità sociale “comune ai comuni”.

Ma i giudici contabili continuano la loro “difesa” della convenzione anche in forza di un dato di politica legislativa contemporaneo. Essi, infatti, richiamando la previsione della “legge Mariotti” in ordine alla

possibilità per gli enti locali di costituire, quale possibile forma di gestione di un farmacia comunale, il consorzio fra enti locali medesimi, contrappongono la forma consortile tra enti pubblici al “*dis-favor legis*” verso le forme soggettivizzate rinvenibile e trasversale a molte delle recenti normative in materia di servizi pubblici locali.

Conseguentemente, sostiene il Collegio, “l’idiosincrasia” nei confronti di forme pubbliche di gestione che corrispondano a nuovi soggetti giuridici, “rafforza l’ammissibilità della gestione a mezzo convenzione, forma associativa più snella verso cui si è recentemente orientato il legislatore.” In questo senso, allora, è coerente per i magistrati della Corte dei Corti operare il parallelo con le funzioni e i servizi che i comuni di minori dimensioni (quelli che contano meno di 5.000 abitanti), sono chiamati ad esercitare in via associata di funzioni e servizi. Si rammenta che la norma prevede l’obbligo di gestione associata per le c.d. “funzioni fondamentali”, tra le quali – si ricorda – è annoverata anche la “funzione sociale”.

Pur riconoscendo che “il servizio farmaceutico non è compreso fra le funzioni fondamentali dei Comuni, ai sensi dell’art. 117 della Costituzione”, i giudici contabili, richiamando la normativa in tema di obbligatorio esercizio associato per i Comuni di minori dimensioni, sostengono che l’esercizio associato di funzioni e servizi tra comuni “appare comunque espressione di un principio generale, valido per tutte le funzioni ed i servizi erogati da enti locali, atto a ricercare quelle modalità di gestione che possano permettere economie di scala (a fini di abbattimento dei costi) senza incidere sulla qualità del servizio erogato all’utente finale.”

2.3. Le farmacie comunali non possono essere gestite secondo il modello dell’affidamento a terzi. Nei paragrafi precedenti, sono state descritte le modalità gestionali a disposizione degli enti locali per la conduzione delle farmacie comunali. Ma tra queste può essere

annoverato l'affidamento a terzi a mezzo di gara per l'individuazione del soggetto privato?

Sul punto, recentemente si è pronunciato il Tar Piemonte, sez. II, sentenza 14 giugno 2013, n. 767, citata, con la quale i giudici amministrativi piemontesi hanno statuito che al fine di affidare la gestione di una nuova farmacia comunale, il comune non può “in ogni caso utilizzare il modello dell'affidamento a terzi previa gara ad evidenza pubblica (cfr., analogamente, TAR Toscana, sez. II, n. 1165 del 2011).”

Il Tar Piemonte, al riguardo, ricorda quanto segue:

1. l'art. 9, comma 1, della legge n. 475 del 1968 indica espressamente quali sono le modalità attraverso le quali possono essere gestite le farmacie di cui sono titolari i Comuni, che sono: a) in economia; b) a mezzo di azienda speciale; c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari; d) a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità;
2. a nessuna di queste modalità può ricondursi il modello della concessione a terzi, pur previo espletamento di una gara pubblica ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006;
3. questo modello, nel determinare una separazione tra la titolarità (che rimane pur sempre in capo all'Ente locale) e la gestione della farmacia, comporterebbe un sostanziale tradimento della ratio che governa la citata disciplina legislativa – tuttora vigente – del 1968;
4. la ratio è ispirata alla natura pubblicistica della finalità di servizio pubblico essenziale insita nel servizio farmaceutico (cfr. Corte dei conti, sez. reg. controllo Lombardia, parere n. 49 del 2012). Deve ricordarsi, in proposito, che – secondo un recente orientamento della

giurisprudenza sia contabile che amministrativa – la gestione delle farmacie comunali da parte degli Enti locali deve considerarsi realizzata “in nome e per conto” del Servizio Sanitario Nazionale, come tale non essendo riconducibile né all'ambito dei servizi di interesse generale nella definizione comunitaria, né alla disciplina sui servizi pubblici locali secondo l'ordinamento italiano;

5. l'attività di gestione delle farmacie comunali costituisce esercizio di un servizio pubblico, trattandosi di un'attività rivolta a fini sociali ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. n. 267 del 2000 il quale consente agli Enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di provvedere alla gestione dei servizi pubblici che abbiano ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali (cfr., ex multis, Corte dei conti, sez. reg. controllo Puglia, parere n. 3 del 2008; Cons. Stato, sez. III, n. 729 del 2013; TAR Campania, Napoli, sez. V, n. 699 del 2012 e n. 2939 del 2011).

Ciò significa – come ribadito dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., sent. n. 87 del 2006), la complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci è preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista . Si ricorda che sullo stesso piano, si è espressa anche la Corte di Giustizia CE la quale, nel giudicare sul sistema delle distanze minime che le legislazioni nazionali impongono per l'apertura di nuove farmacie, ha stabilito che restrizioni alla libertà di stabilimento possono ben essere giustificate dall'obiettivo di garantire alla popolazione una fornitura di medicinali sicura e di qualità (così Corte di Giustizia CE, sent. n. 570 del 2010), così implicitamente confermando la prevalenza dei profili di tutela della

salute su quelli di natura più prettamente commerciale o imprenditoriale.

I giudici amministrativi piemontesi hanno dunque sottolineato che “assume pertanto rilievo decisivo la circostanza che, nello speciale settore del diritto farmaceutico, non esiste nessuna norma che preveda espressamente la possibilità di separare la titolarità dalla gestione delle farmacie comunali, risultando unicamente regolato il mantenimento della gestione in capo all’Ente locale (pur nella varietà delle forme e nei modi indicati dall’art. 9 della legge n. 475 del 1968).”

Il Tar non ignora che un recente orientamento giurisprudenziale ha ritenuto ammissibile l’affidamento in gestione delle farmacie comunali mediante lo strumento della gara pubblica, scavalcando le modalità indicate dall’art. 9 della legge n. 475 del 1968 (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, n. 1598 del 2011). Si è, in proposito, ritenuto che la gara pubblica costituisce la modalità ordinaria che i Comuni devono utilizzare per l’affidamento dei servizi pubblici locali, in sostanziale aderenza sia al disposto di cui all’art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006 sia al quadro normativo comunitario di riferimento.

Ci si deve chiedere – come correttamente fanno i giudici amministrativi nella sentenza de qua – se tale orientamento giurisprudenziale possa essere ritenuto oggi in linea con il sopravvenuto quadro normativo nazionale, quale innovato nel 2012 dall’art. 11, comma 10, del decreto-legge n. 1 del 2012, convertito in legge n. 27 del 2012. Come più volte commentato su questo sito, la novella in parola ha, in sostanza, confermato l’impossibilità di separare la titolarità dalla gestione delle farmacie comunali. E tale conferma viene fatta discendere dalla disposizione normativa che stabilisce che tutte le farmacie di nuova istituzione previste nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti civili, nelle stazioni marittime, nelle aree di servizio autostradali nonché nei centri commerciali, fino al 2022, siano offerte in prelazione ai comuni in cui le stesse hanno

sede. I comuni non possono cedere la titolarità o la gestione delle farmacie per le quali hanno esercitato il diritto di prelazione: in caso di rinuncia alla titolarità di una di dette farmacie da parte del comune, la sede farmaceutica è dichiarata vacante.

In altri termini, l'ordinamento giuridico affida la gestione di queste nuove farmacie alla competenza e responsabilità inderogabile dei comuni che hanno esercitato la prelazione, senza possibilità di cederla a terzi. Con ciò, la novella del 2012 risulta essere paradigmatica della tendenza della legislazione farmaceutica di mantenere ferme le modalità di gestione delle farmacie comunali quali indicate dall'art. 9, comma 1, della legge n. 475 del 1968 o, quanto meno, nel senso di escludere che quell'elencazione (pur ormai risalente) possa essere interpretata in modo "aperto" includendovi la possibilità della concessione di servizi ex art. 30 d.lgs. n. 163 del 2006. Al riguardo, il Tar Piemonte evidenzia che ancorché "espressamente limitata solo a specifiche categorie di farmacie neo-istituite", "la novella del 2012 è espressione del principio generale di mantenimento della gestione in capo all'Ente locale titolare della farmacia, con conseguente implicita riconferma dell'impraticabilità di diversi modelli."

3. Brevi considerazioni finali.

Alla luce del contesto descritto nei precedenti paragrafi, è possibile inferire che il divieto richiamato dalla sentenza del Tar Piemonte n. 767/2013 sia estendibile e applicabile anche in tutte quelle circostanze in cui i comuni dovessero decidere di "far evolvere" il servizio farmaceutico gestito "in economia" in una modalità di affidamento a terzi.

La ricerca del "concessionario", come potrebbe avvenire nell'ambito dei servizi pubblici locali, non può estendersi al servizio farmaceutico. Le forme gestionali disponibili per la conduzione di quest'ultimo sono quelle indicate nella legge "Mariotti" del 1968, aggiornata nel senso di

ricomprensivi anche la gestione a mezzo di azienda speciale, strumento individuato a valle di una apposita convenzione sottoscritta tra i comuni interessati al servizio farmaceutico.

In questo senso, si intende sottolineare che, nell'ambito delle competenze attribuite ai comuni, taluni di essi hanno in epoca recente sperimentato la convenzione (*ex art. 30, d.lgs. n. 267/2000*) tra i medesimi enti locali per la gestione delle farmacie comunali, senza addvenire alla costituzione o all'avvalimento di soggetti giuridici.

La formula della convenzione in questo scenario deve interpretarsi quale formula "alternativa" all'unione dei comuni, individuata quale modalità gestionale "in economia" in forma associata.