

## **Gli affinamenti giurisprudenziali inaugurati dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 687 del 30 Marzo 2022; La farmacia ed il controllo analogo previsto per il c.d. “in house providing”.**

E' giunta lo scorso 30 Marzo una importante ricostruzione da parte del Consiglio di Stato dalla quale emergono sia conferme in tema di pianta organica comunale che innovazioni in tema di revisione, affidamento della sede farmaceutica, prelazione comunale, oltre a questioni in tema di gestione comunale e rito applicabile. La sentenza si distingue per la eterogeneità di contenuti e di spunti.

Ma andiamo con ordine. La vicenda nasce dal ricorso avverso la deliberazione della Giunta dell'Unione della Romagna Faentina, avente ad oggetto “*Revisione biennale della pianta organica delle farmacie situate nei comuni dell'Unione della Romagna Faentina (Brisighella - Casola Valsenio - Castel Bolognese - Faenza - Riolo Terme - Solarolo) ai sensi dell'art. 4 della L.R. n. 2 del 03/03/2016 – Approvazione*”, nella parte in cui istituisce la nuova sede farmaceutica straordinaria n. 3 di Castel Bolognese;

La ricostruzione normativa operata in sentenza richiama dapprima il D.L. 1/12, noto come decreto liberalizzazioni e potenziamento del servizio di distribuzione farmaceutica, e quindi la legge n. 475 del 2 aprile 1968. Come ben noto ormai, quest'ultima legge dispone un nuovo rapporto popolazione/sede di farmacia, oltre ad una distanza minima non inferiore ai 200 metri. Il successivo articolo 2 prevede poi che “*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*”.

Quindi in materia di organizzazione dei servizi farmaceutici, la Corte costituzionale, con sentenza n. 255/2013, ha chiarito quali siano le competenze in tema farmaceutico in relazione al numero esercizi in rapporto alla popolazione, 2) in ordine alla individuazione e localizzazione delle farmacie (competenza comunale), e 3) in tema di l'assegnazione ed autorizzazione, competenza regionale. Solo la questione del rapporto farmacie/popolazione è stata lasciata senza una univoca risposta. E quindi, osserva il sottoscritto come che la revisione della pianta organica va qualificata come atto generale di pianificazione, funzionale al miglior assetto delle farmacie sul territorio comunale, al fine di garantire l'accessibilità dei cittadini al servizio farmaceutico.

Secondo consolidata giurisprudenza *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 16 gennaio 2018, n. 223,

le scelte relative alla localizzazione di una farmacia, laddove siano rispettati il criterio demografico e quello della distanza minima, sono caratterizzate da un elevato tasso di discrezionalità e, quindi, sono sindacabili solo nei ben noti limiti entro i quali è consentito il sindacato sull'eccesso di potere.

Pertanto, fermo il rispetto del nuovo parametro relativo alla popolazione, la localizzazione da parte dell'Amministrazione deve obbedire unicamente ai vincoli in tema di distanze minime stabiliti dalla legge e trarre ispirazione dall'obiettivo primario della maggiore fruibilità del servizio farmaceutico e della sua capillare articolazione sul territorio, purché la scelta in concreto adottata sia immune da illogicità o da palese irragionevolezza.. difatti, se è vero che l'aumento del numero delle farmacie risponde anche allo scopo di estendere il servizio farmaceutico alle zone meno servite, è anche vero che tale indicazione non è tassativa né esclusiva, stante il prioritario criterio della "*equa distribuzione sul territorio*", di cui all'articolo 2, comma 1, della legge n. 475/1968, e ***quindi , rientra nella discrezionalità dell'amministrazione comunale consentire una relativa concentrazione di esercizi farmaceutici in alcune zone più frequentate e determinare la localizzazione delle nuove sedi in un determinato ambito territoriale, fermo restando il rispetto del generale parametro demografico e del parametro della distanza minima .***

**Ad avviso di chi scrive la sentenza pone un valido argomento per fugare ogni dubbio circa la discrezionalità di cui godono le amministrazioni comunali nell'ambito dei limiti delineati ovvero quello del rapporto popolazione/sede e quello della distanza minima, ma null'altro.** In tali limiti quindi come visto, infatti, l'ordinamento assegna all'ente comunale un ampio potere discrezionale.

La sentenza di Marzo 2022 tuttavia va oltre e si spinge in un nuovo territorio esplorativo con tre importanti precisazioni ed evoluzioni e quindi:

Rileva il Consiglio di Stato che l'assistenza farmaceutica, ai sensi dell'art. 28, comma 1, della legge n. 833 del 1978 (di istituzione del servizio sanitario nazionale), è erogata dalle aziende sanitarie locali attraverso le farmacie, di cui sono titolari enti pubblici (comuni e aziende ospedaliere) o soggetti privati.

Sgombrando il campo da ipotesi alternative, per la Sezione il servizio farmaceutico va qualificato in termini di servizio pubblico di rilevanza economica. ***Ed ecco la prima precisazione, "Le farmacie pubbliche, dunque, non risultano attratte nella sfera di applicazione delle norme concernenti i servizi pubblici locali."***

Il citato articolo 9 l. 475/68 dispone che *“la titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica può essere assunta per la metà dal comune. Le farmacie di cui sono titolari i comuni possono essere gestite, ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142, nelle seguenti forme:*

*a) in economia;*

*b) a mezzo di azienda speciale;*

*c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari;*

*d) a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità. All'atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti”.*

La giurisprudenza amministrativa ha esaminato più volte la questione concernente l'ammissibilità di forme di gestione delle farmacie comunali non previste dall'articolo 9 della l. 475 del 1968, poiché, ad esempio, fra le forme di gestione individuate dalla predetta norma speciale non è stato previsto l'affidamento in concessione a terzi.

Sul punto osserva la sentenza, sez. III, 13 novembre 2014, n. 5587, che lo stesso legislatore ha previsto forme di gestione del servizio farmaceutico comunale ulteriori rispetto a quelle indicate nell'art. 9 della legge 475 del 1968 che, dunque, non sono tassative, ed ***ecco il secondo punto innovativo***. Ed invero, *“non si dubita ... che la gestione di una farmacia comunale possa essere esercitata da un comune mediante società di capitali a partecipazione totalitaria pubblica (in house), benché tale modalità non sia stata prevista dal legislatore del 1968 (e del 1991).*

Pertanto, si ritiene oggi unanimemente che l'assenza di una norma positiva che autorizzi la dissociazione tra titolarità e gestione non crei un ostacolo insormontabile all'adozione del modello concessorio. *La giurisprudenza del Consiglio di Stato osserva inoltre che la gestione di una farmacia comunale – da qualificarsi, si ripete, servizio pubblico di rilevanza economica –, può essere esercitata dall'ente, oltre che con le forme dirette previste dal citato articolo 9 l. n. 475 del 1968, sempre in via diretta, anche mediante società di capitali a partecipazione totalitaria pubblica (in house), ovvero può essere affidata in concessione a soggetti estranei al comune previo espletamento di procedure di evidenza pubblica in modo da garantire la concorrenza.*

Il Consiglio di Stato legittima appieno la modalità del “in house providing” in tema di farmacia comunale, aprendo la strada al controllo analogo in tema farmaceutico. Conclude quindi il Consiglio di Stato con la **terza precisazione innovativa**, ovvero sulla applicabilità del rito appalti di cui agli articoli 119 e 120 del D.lgs 104/2010, del codice del processo amministrativo. Una affermazione di cui saranno felici gli avvocati amministrativisti visti i tempi ridotti nel rito appalti.

*Attenzione, non si tratta di stravolgimenti, ma di affinamenti giurisprudenziali che hanno aperto la strada a future evoluzioni. Possiamo quindi richiamare i principi:*

Da quanto sopra ne derivano i seguenti principi di diritto, e quindi:

1) La revisione della pianta organica va qualificata come atto generale di pianificazione, funzionale al miglior assetto delle farmacie sul territorio comunale, al fine di garantire l'accessibilità dei cittadini al servizio farmaceutico.

2) La gestione di una farmacia comunale – da qualificarsi servizio pubblico di rilevanza economica – può essere esercitata dall'ente, oltre che con le forme dirette previste dall' art. 9, l. n. 475 del 1968, sempre in via diretta, anche mediante società di capitali a partecipazione totalitaria pubblica (in house), ovvero può essere affidata in concessione a soggetti estranei al comune previo espletamento di procedure di evidenza pubblica in modo da garantire la concorrenza.

3) La scelta di affidare in house la gestione della farmacia comunale può essere attratta nella disciplina del Codice degli appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) e conseguentemente nel regime processuale previsto dal rito degli appalti.

E' solo il caso di precisare che con specifico riferimento all'espressione *in house providing*, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che, in virtù della peculiare relazione intercorrente tra l'ente pubblico affidante e la società affidataria, *“la società in house è una società dotata di autonoma personalità giuridica che presenta connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione ad un "ufficio interno" dell'ente pubblico che l'ha costituita, una sorta di longa manus; non sussiste tra l'ente e la società un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale. Queste caratteristiche della società in house giustificano e legittimano l'affidamento diretto, senza previa gara, per cui un'amministrazione aggiudicatrice è dispensata dall'avviare una procedura di evidenza pubblica per affidare un appalto o una concessione. Ciò in quanto, nella sostanza, non si tratta di un effettivo ricorso al mercato (outsourcing), ma di una forma di autoproduzione o, comunque, di erogazione di servizi pubblici direttamente ad opera dell'amministrazione, attraverso strumenti propri (in house providing)”. Si è perciò precisato che la società in house “avrebbe della società*

*solo la forma esteriore, costituendo, in realtà un'articolazione in senso sostanziale della Pubblica Amministrazione da cui promana e non un soggetto giuridico ad essa esterno e da essa autonomo"* (così, tra le più recenti, la sentenza T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 04/11/2019, n. 1186.

*Ed ancora che "Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore." (art. 5 co. 2 codice degli appalti.)*

Avv. Aldo Lucarelli