

La Terza Sezione del Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale della compatibilità con i principi dell'Unione europea della norma nazionale che prevede il diritto di prelazione dei dipendenti della farmacia comunale in caso di trasferimento della sua titolarità.

Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 4 luglio 2018, n. 4102 – Pres. Balucani, Est. Pescatore

Farmacia – Farmacie comunali – Trasferimento della titolarità – Diritto di prelazione dei dipendenti della farmacia – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Va rimessa alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale se i principi di libertà di stabilimento, di non discriminazione, di parità di trattamento, di tutela della concorrenza e di libera circolazione dei lavoratori, di cui agli articoli 45, da 49 a 56, e 106 del TFUE, nonché di cui agli artt. 15 e 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'U.E., ed il canone di proporzionalità e ragionevolezza in essi racchiuso, ostano ad una normativa nazionale, quale quella di cui all'art. 12 comma 2 L. 362/1991, che, in caso di trasferimento della titolarità della farmacia comunale, assegna il diritto di prelazione ai dipendenti della farmacia medesima (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in epigrafe la Terza Sezione del Consiglio di Stato – chiamata a pronunciarsi nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto la impugnazione, da parte degli aggiudicatari provvisori di un'asta pubblica per la vendita di una farmacia comunale, dell'aggiudicazione definitiva della procedura stessa a favore del dipendente della farmacia che, pur non avendo partecipato alla gara, aveva poi esercitato la prelazione legale di cui all'art. 12, comma 2, della legge n. 362 del 1991 – ha formulato alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità con i principi del diritto dell'Unione europea della prelazione legale prevista dalla richiamata norma interna.

Il citato art. 12, comma 2, della legge 8 novembre 1991, n. 362 dispone che *“in caso di trasferimento della titolarità della farmacia comunale, i dipendenti hanno diritto di prelazione e ad essi si applicano le norme dell'articolo 7”*, quest'ultimo avente ad oggetto *“titolarità e gestione della farmacia”*.

La vicenda procedimentale e processuale che ha portato all'ordinanza in rassegna può essere così sintetizzata:

- con bando del 31 gennaio 2014 il Comune di Bernareggio ha indetto un'asta pubblica, regolamentata ai sensi del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, per la vendita della farmacia comunale, prevedendo, all'art. 9 del bando medesimo, in applicazione dell'art. 12 della legge n. 362 del 1991, che *“il trasferimento della titolarità della farmacia all'aggiudicatario provvisorio sarà subordinato al mancato esercizio del diritto di*

prelazione da parte dell'Azienda Speciale Farmacie Vimercatesi e dei farmacisti a tempo indeterminato dell'Azienda stessa in possesso dei requisiti di legge";

- l'aggiudicazione provvisoria è stata pronunciata nei confronti degli offerenti che hanno presentato l'offerta più vantaggiosa;
- all'esito della procedura è tuttavia prevalsa l'offerta di un farmacista dipendente della farmacia comunale che, pur non avendo partecipato alla gara, ha esercitato il diritto di prelazione di cui all'art. 9 del bando, versando contestualmente il deposito cauzionale richiesto, e così conseguendo dapprima l'aggiudicazione provvisoria della farmacia, quindi, a seguito della verifica dei requisiti autocertificati, l'aggiudicazione definitiva;
- quest'ultima determinazione è stata impugnata innanzi al T.a.r. per la Lombardia – Milano dagli originari aggiudicatari provvisori, i quali, assieme ad altre censure, hanno altresì evidenziato il contrasto dell'art. 12 della legge 9 novembre 1991, n. 362 con l'ordinamento comunitario;
- il T.a.r. adito ha ritenuto infondate nel merito le censure dedotte, respingendole integralmente e condannando i ricorrenti alla rifusione delle spese;
- questi ultimi hanno quindi spiegato appello, sottoponendo a rilievi critici le argomentazioni spese dal primo giudice e reiterando i motivi di doglianza già dedotti in primo grado;
- la Terza Sezione del Consiglio di Stato - respinti altri motivi di appello con la sentenza parziale n. 4053 del 3 luglio 2018 - ha esaminato il motivo di appello attinente alla compatibilità dell'art. 12 della legge 362/1991 con i principi del diritto dell'Unione europea ed ha conseguentemente sollevato questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia UE.

II. – Il percorso argomentativo posto a base della rimessione può essere sintetizzato nei termini che seguono:

- a) l'esercizio dell'attività di assistenza farmaceutica, che rappresenta un cardine del diritto alla salute, è caratterizzato dalla coesistenza di interessi di matrice pubblicistica e di natura commerciale ed infatti gli esercizi farmaceutici sono retti da un ordinamento peculiare, nel quale coesistono tratti di libera impresa e tratti di servizio pubblico regolamentato; le farmacie possono rientrare nella titolarità del Comune o di privati farmacisti e la disciplina del rapporto tra Servizio sanitario nazionale e farmacie, pubbliche e private, è rimessa a convenzioni di durata triennale, conformemente ad accordi nazionali;
- b) la regola concorsuale connota l'intera materia della titolarità delle farmacie:
 - b1) oltre che nella fase di assegnazione delle sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione essa trova applicazione anche nelle ipotesi della cessione (o

vendita) della titolarità del compendio aziendale costituito dalla farmacia e dell'affidamento in concessione della sola gestione della farmacia comunale, la cui titolarità permanga in capo al Comune;

b2) la regola concorrenziale risponde alla vocazione imprenditoriale dell'attività farmaceutica e può subire temperamenti giustificati solo da prevalenti esigenze di tutela dell'interesse pubblico; anche la giurisprudenza della Corte di giustizia ha affermato come la sussistenza di "*esigenze imperative di interesse generale*" possa giustificare alcune restrizioni alla libera prestazione di servizi, evidenziando, al tempo stesso, la contrarietà ai principi europei di quelle misure, poste in essere dagli Stati membri allo scopo apparente di perseguire finalità di interesse generale, ma nello specifico indirizzate verso le protezioni di interessi economici di categoria;

c) occorre quindi chiedersi come possa operare nel contesto sin qui descritto l'istituto della prelazione legale;

c1) la prelazione legale risponde - nell'ordinamento nazionale italiano - ad una logica di tutela preferenziale dell'interesse pubblico sulle istanze di libertà e di autonomia negoziale, conferendo un diritto preferenziale alla stipula del contratto a determinate categorie di soggetti, e per tale via, in coincidenza con l'interesse privato del beneficiario, essa realizza il perseguimento di interessi di portata più generale;

c2) in tutte le prelazioni legali previste nell'ordinamento è comunque tutelato, sia pure mediamente, l'interesse dell'intera collettività, in quanto, anche laddove la singola ipotesi di prelazione legale appare giustificata dall'attenzione del legislatore a una determinata categoria di soggetti, e quindi dall'interesse di un gruppo ristretto, la concreta scelta di politica legislativa risulta sempre riconducibile al fine ultimo di attuare un'equilibrata organizzazione dell'intera comunità sociale e, quindi, di tutelare l'interesse generale a una convivenza pacifica e produttiva;

c3) nel caso della cessione di farmacia comunale (art. 12 l. 362/1991), la preferenza accordata al dipendente mette in moto interessi che la giurisprudenza ha ritenuto essere riconducibili ad una esigenza di migliore gestione dell'esercizio farmaceutico, attraverso la presunzione che il farmacista già dipendente del presidio ceduto offra una garanzia di continuità e di proficua valorizzazione della esperienza già accumulata nella gestione del presidio;

d) il Collegio dubita che un siffatto diritto di prelazione sia giustificato dalla sussistenza di un interesse pubblico prevalente realmente apprezzabile:

d1) quanto alla posizione dei dipendenti della farmacia e alla continuità lavorativa che si intende loro garantire presso la medesima azienda, si tratta di

obiettivi efficacemente salvaguardati dall'art. 2112 codice civile (anch'esso di derivazione comunitaria - Direttiva 2001/23/CEE), sicché sotto questo profilo la prelazione appare costituire uno strumento superfluo o, comunque, esorbitante rispetto alla finalità perseguita;

d2) quanto alla valorizzazione dell'esperienza professionale conseguita dai suddetti lavoratori alle dipendenze dell'Ente comunale, la stessa potrebbe essere perseguita con modalità alternative, ad es. attraverso l'attribuzione di punteggi premiali, tali da non deprimere in modo radicale le regole virtuose del confronto concorrenziale;

e) in ogni caso, e più al fondo, è lecito dubitare che l'esperienza professionale pregressa alle dipendenze della farmacia comunale sia meritevole di specifica valorizzazione, per le seguenti essenziali ragioni:

e1) in un contesto professionale altamente qualificato, nel quale il trasferimento della farmacia può aver luogo solo a favore di farmacista iscritto all'albo professionale, che abbia già conseguito l'idoneità alla titolarità o che abbia almeno due anni di pratica professionale, non si rinvergono valide giustificazioni alla valorizzazione di un solo specifico profilo esperienziale;

e2) la pregressa dipendenza lavorativa presso la farmacia comunale nulla dice circa la conduzione più o meno positiva del presidio farmaceutico oggetto di cessione e sulla conseguente opportunità di garantirne la continuità;

e3) il soggetto beneficiario della prelazione vanta una esperienza di "dipendente" della farmacia, che non coincide con quella del "titolare" della farmacia, sicché la stessa non offre garanzie circa la "conduzione imprenditoriale" dell'azienda, di cui il dipendente non ha mai assunto il più ampio governo e la diretta responsabilità;

f) sussistono quindi ragioni di perplessità in merito alla conformità *de iure communitario* della disposizione normativa in esame:

f1) la Corte di giustizia europea ha sì asserito che rientra nella discrezionalità di uno Stato membro l'opzione di rimettere la gestione degli esercizi farmaceutici in favore di soggetti dotati di comprovata qualificazione; e che disposizioni interne, che introducono limitazioni al *management* degli esercizi farmaceutici, in virtù delle peculiarità del prodotto dispensato, non contrastano con le libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi; i casi esaminati riguardavano, tuttavia, restrizioni limitative giustificate da esigenze di qualificazione professionale e di garanzia del buon espletamento del servizio, mentre nel caso in esame, suscita perplessità, in relazione ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità, il conferimento di specifica rilevanza alla pregressa esperienza professionale del dipendente della farmacia comunale, secondo un meccanismo

svincolato da accertati criteri di merito ed in una misura, peraltro, così accentuata e pervasiva, quale quella che si realizza attraverso lo strumento della prelazione legale;

f2) è dubbio che l'assetto regolativo definito dal menzionato art. 12, nella parte in cui riconosce il suddetto diritto di prelazione, realizzi una ragionevole conciliazione tra le esigenze del libero mercato, della libera circolazione dei servizi e della tutela del diritto alla salute; nel labile confine tra legittima garanzia dei fini sociali e politiche protezionistiche, una siffatta normativa sembra piuttosto collocarsi sul crinale di questo secondo versante, in quanto procura un rilevante e ingiustificato vantaggio concorrenziale a determinati cittadini dello Stato membro in questione, ovvero ai cittadini di tale Stato rispetto ai cittadini di altri Stati membri;

f3) la disposizione normativa in esame, prevedendo un diritto di preferenza a favore del dipendente della farmacia, rischia di configurare una discriminatoria restrizione alla libertà di stabilimento in danno degli altri aspiranti all'aggiudicazione, appartenenti allo stesso Stato membro o ad altri Stati membri;

f4) appare dubbia la ragionevolezza e proporzionalità del sacrificio imposto dalla prelazione in esame alla piena esplicazione dei principi di tutela della concorrenza e di parità di trattamento tra operatori economici, oltre che della libertà dell'attività di impresa e professionale, tanto più se si tiene conto che tale misura non appare preordinata alla tutela ed alla realizzazione della migliore tutela della salute, non risultando necessaria al raggiungimento dell'obiettivo di garantire un rifornimento di medicinali alla popolazione sicuro e di qualità;

f5) se ogni Stato membro può decidere il livello al quale intende garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui questo livello deve essere raggiunto e se deve quindi riconoscersi agli Stati membri un margine di discrezionalità, essa tuttavia non può essere esercitata sino al punto da privare del loro effetto utile le disposizioni di diritto dell'Unione, in particolare quelle relative alle libertà fondamentali disciplinate agli artt. da 49 a 56 del TFUE e 15 e 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. ed inoltre le stesse scelte discrezionali devono essere fondate su criteri oggettivi e non discriminatori.

III. – Si segnala per completezza quanto segue:

- g) in dottrina, sul servizio farmaceutico e più in generale sulla disciplina delle farmacie: R. FERRARA, *Farmacia*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, XIV; M. GOLLA, *Farmacia e farmacisti*, voce del *Digesto pubbl.*, Torino, 1991, VI, 231; S. CICCOTTI, *Farmacia*, *Digesto pubbl.*, Torino (Aggiornamento 2008); B.R. e L. GIORDANI, *I moduli societari e l'affidamento del servizio farmaceutico alle società di*

gestione delle farmacie comunali, in *Ragiufarm*, 2008, fasc. 106, 72; S. COLOMBARI, *La specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali* in *Dir. amm.*, 2011, 419; B.R. NICOLOSO, *L'evoluzione del servizio farmaceutico nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2016, 473; S. FANTINI, *Le liberalizzazioni del servizio di assistenza farmaceutica e nel settore del commercio di alimenti* in *Giustizia amministrativa ed economia*, a cura dell'Ufficio Studi della Giustizia amministrativa, Milano, 2017, 143 ss.;

h) sulla prelazione legale in favore dei farmacisti dipendenti di cui all'art. 12, comma 2, legge n. 362 del 1991 si vedano:

h1) Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2014, n. 454 in *Rass. dir. farmaceutico*, 2015, 87 secondo cui *“deve ritenersi inammissibile l'impugnativa della delibera comunale di esercizio della prelazione su sede farmaceutica di nuova istituzione, promossa da farmacista già titolare di altra farmacia contigua, per difetto di interesse «attuale» all'impugnazione, e ciò in quanto, stante il divieto legislativo di cui all'art. 7, 1° comma, l. 362/1991, di contitolarità di due o più farmacie da parte del medesimo farmacista persona fisica, non potrebbe vantare alcun interesse qualificato, in proprio e direttamente, al conseguimento della gestione di altra farmacia contigua, né potrebbe far valere l'ipotetico interesse di un soggetto terzo - societario - in astratto a ciò legittimato e, allo stato, inesistente, difettando tale interesse, prima ancor che di apprezzabile concretezza, certamente di attualità”*;

h2) Cons. Stato [ord.], sez. V, 28 aprile 2009, n. 2171 in *Rass. dir. farmaceutico*, 2009, 1087 secondo cui *“è meritevole di conferma la sospensione cautelare disposta dal Tar dell'aggiudicazione ad uno dei farmacisti prelazionari a seguito di valutazione comparativa tra più farmacisti dipendenti di farmacia comunale che, nell'ambito della gara per l'alienazione della titolarità della farmacia, abbiano esercitato in forma disgiunta il diritto di prelazione previsto dall'art. 12 l. 362/91, attesa l'irragionevolezza del criterio della residenza del farmacista quale criterio di scelta, ed in considerazione dell'esperienza professionale e delle qualificazioni dei due soggetti partecipanti alla selezione”*;

h3) Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5329 in *Ragiufarm*, 2005, fasc. 90, 77, *Cons. Stato*, 2005, I, 1754, *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, 69 sulla nozione di prelazione e sull'ipotesi di concorso fra più prelazionari, in relazione alla quale si afferma che la scelta del contraente da preferire è rimessa alla stessa amministrazione, che gode di un'ampia discrezionalità nel definire i relativi criteri in funzione degli interessi specificamente inerenti alla migliore gestione del servizio farmaceutico (svolto dalla farmacia messa in vendita);

h4) T.a.r. per la Toscana, sez. III, 31 maggio 2005, n. 2665 in *Ragiufarm*, 2005, fasc. 90, 73, *Ragiusan*, 2005, fasc. 259, 391, *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, 75 secondo cui *“nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica prevista dall'art. 12 l. n. 362 del 1991*

per la cessione delle farmacie comunali, in cui si viene ad inserire l'istituto della prelazione dei farmacisti dipendenti, il comune è portatore della discrezionalità necessaria per stabilire i criteri soggettivi ed oggettivi da indicare nel provvedimento d'invito all'esercizio di quel diritto, sulla base dei quali dirimere i possibili conflitti fra i farmacisti prelazionari, nell'ipotesi di esercizio disgiunto di tale diritto; ma tra tali criteri non può rientrare quello di una ulteriore gara al rialzo del prezzo, perché si verrebbe a violare l'essenza stessa del diritto di prelazione, che si esercita alle stesse condizioni economiche dell'aggiudicatario provvisorio e sub condizione, né si può condividere il contrario assunto secondo cui siffatto modo realizzerebbe il miglior vantaggio per l'ente pubblico, perché tale finalità è del tutto estranea alla specifica fattispecie regolata dall'art. 12, 2° comma, citata l. n. 362 del 1991";

- i) sulla prelazione comunale di cui all'art. 9, comma 1, della legge 2 aprile 1968, n. 475 (secondo cui *"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"*, norma sulla quale è intervenuto, in deroga, l'art. 11, comma 3, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27) si vedano:

i1) Corte cost., 31 maggio 2018, n. 116 (oggetto della News US in data 7 giugno 2018, cui si rinvia per ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza), che ha ritenuto non applicabile la disciplina sulle alienazioni delle partecipazioni societarie delle amministrazioni locali, di cui all'art. 1, comma 568-bis, lett. b), della legge n. 147 del 2013, alle società miste costituite per la gestione del servizio farmaceutico ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. d) della legge n. 475 del 1968;

i2) Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2017, n. 1251, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2017, 326, secondo cui il provvedimento regionale che - previa diffida rimasta inottemperata - abbia dichiarato la decadenza del comune dal diritto di prelazione della sede farmaceutica, è pienamente efficace anche se siano ancora aperti i termini per la sua impugnazione; di conseguenza, la sede farmaceutica deve considerarsi vacante ai fini della sua assegnazione ai farmacisti risultati idonei nella procedura concorsuale regionale, mentre l'amministrazione comunale non può disporre di affidarne la gestione in concessione a terzi;

i3) Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2016, n. 1658 in *Rass. dir. farmaceutico*, 2016, 597, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 del decreto-legge n. 1/2012 (conv. in l. 27/2012), in relazione all'art. 97 cost., sollevata per il paventato conflitto di interessi tra il comune in qualità di ente esponenziale degli interessi della collettività e il comune quale autonomo soggetto economico, titolare di farmacia, evidenziando che ciò vale *"ancor più nel caso di specie, ove la disciplina di riforma dell'ordinamento*

farmaceutico non consente tassativamente la prelazione comunale sulle sedi farmaceutiche nuove o comunque vacanti, essendo, pertanto, possibile escludere a priori che il comune nella localizzazione delle nuove sedi possa essere guidato da propri interessi patrimoniali”;

j) sulla professione di farmacista come attività imprenditoriale finalizzata, al tempo stesso, all'erogazione ai cittadini di un servizio di fondamentale rilevanza e sul bilanciamento tra profilo economico-imprenditoriale e elemento professionale-sanitario cfr.:

j1) Corte cost., 10 marzo 2006, n. 87 in *Foro it.*, 2006, I, 1669, *Giust. civ.*, 2006, I, 753, *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, 504, *Ragiufarm*, 2006, fasc. 94, 42, *Giur. it.*, 2006, 2017, *Giur. constit.*, 2006, 916, *Ragiusan*, 2006, fasc. 267, 356;

j2) Corte di giustizia UE, grande sezione, 19 marzo 2009, C-171/07 e C-172/07, in *Foro it.*, 2011, IV, 91; grande sezione, 19 maggio 2009, C-531/06, *ibidem*, 91 (che ha affermato la legittimità di alcuni aspetti della disciplina vincolistica italiana relativa alle farmacie comunali).