

Il C.g.a. sottopone alla Adunanza plenaria la corretta interpretazione delle disposizioni riguardanti il regime delle incompatibilità nella titolarità e gestione di farmacie.

Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, ordinanza 19 agosto 2019, n. 759 – Pres. De Nictolis, Est. Simonetti

Farmacia – Assegnazione di sedi farmaceutiche – Titolarità individuale ed associata – Partecipazione al concorso per l’assegnazione di sede in due Regioni – Deferimento all’Adunanza plenaria.

Vanno rimessi alla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato i seguenti quesiti:

1) se il concorrere in forma associata, ai sensi dell’art. 11, comma 5, del decreto-legge n. 1 del 2012, convertito in legge n. 27 del 2012, sia da intendere quale una variante della titolarità in forma individuale oppure se sia invece da ascrivere al modello societario, consentendo quindi anche di assegnare la titolarità della farmacia alla società così formata e di applicare il relativo regime (di cumulabilità c.d. temperata, di cui all’art. 1, comma 158, della legge n. 124 del 2017) quanto alla titolarità di più di una sede farmaceutica;

2) se, nel silenzio dell’art. 11 del decreto-legge n. 1 del 2012, la previsione di cui al comma 7 del medesimo art. 11, che facoltizza la partecipazione al concorso in (non più) di due Regioni o due Province autonome, sia da intendere come contenente anche una regola (implicita) di incompatibilità che vieterebbe di cumulare le due sedi, dovendo per forza scegliere gli interessati di quale delle due avere la gestione, pena l’improcedibilità delle loro domande (1).

(1) I. – Il C.g.a. investe l’Adunanza plenaria della questione sulla perdurante validità della regola del divieto di cumulo della titolarità di due farmacie in capo al medesimo soggetto (persona fisica od anche giuridica). Si chiede: in primo luogo se, assimilando la gestione in forma associata a quella del modello societario, possa trovare applicazione il criterio della “cumulabilità temperata” di cui alla legge n. 124 del 2017 (ossia: titolarità illimitata di farmacie con il solo limite del 20% massimo su base regionale). In secondo luogo, se la possibilità di “partecipare” per la assegnazione in due regioni non implichi altresì la possibilità di “ottenere” la assegnazione stessa di entrambe le sedi.

II. – La vicenda sottesa alla pronuncia in esame può essere così riassunta:

- a) i ricorrenti concorrevano in forma associata per la assegnazione di una sede farmaceutica presso la Regione Sicilia e presso la Regione Lombardia, ottenendo rispettivamente la sede n. 21 di Gela e la sede n. 7 di Mariano Comense;

- b) a fronte di tale duplice assegnazione, la Regione Siciliana dichiarava improcedibile la relativa istanza stante il ritenuto divieto di cumulo di più sedi farmaceutiche;
- c) la suddetta dichiarazione di improcedibilità veniva impugnata davanti al T.a.r. per la Sicilia, sede di Palermo che, con sentenza n. 2477 del 2018, rigettava il ricorso stante, in ogni caso, il regime di incompatibilità di cui all'art. 8, comma 1, lettera b), della legge n. 362 del 1991.

III. – Con l'ordinanza in rassegna il C.g.a:

- d) ha rammentato sul piano normativo che:
 - d1) l'art. 112 del r.d. 1265 del 1934 disponeva in linea generale il divieto di cumulo delle autorizzazioni in capo allo stesso soggetto (un tempo unicamente concepito come persona fisica);
 - d2) successivamente, l'autorizzazione è stata ammessa anche nei confronti delle persone giuridiche e, in particolare, delle società (di persone o cooperative). Parallelamente, l'art. 8, comma 1, della legge n. 362 del 1991, ha disposto che la partecipazione alle società di farmacia è incompatibile, tra l'altro, "*con la posizione di titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia*" (disposizione questa peraltro richiamata dal T.a.r. per la Sicilia – come già anticipato – per ritenere in ogni caso, ossia anche nell'ipotesi ove la gestione in forma associata possa essere riconducibile al modello societario, la sussistenza di un divieto di cumulo);
 - d3) da ultimo, con la legge 4 agosto 2017, n. 124 (legge annuale per il mercato e la concorrenza), siffatta prerogativa è stata estesa anche alle società di capitali (cfr. art. 1, comma 157), che possono ora essere titolari di un numero illimitato di farmacie, fatto salvo il solo limite del 20% delle farmacie presenti nella stessa regione (cfr. comma 158);
 - d4) più di recente si è dunque affermato, anche dietro sollecitazione dell'AGCM, un modello gestionale delle farmacie maggiormente aperto ed ispirato a criteri imprenditoriali, e teso a favorire altresì le giovani generazioni mediante ampliamento del numero delle sedi, con progressivo abbandono dei principi, risalenti agli anni '60, della programmazione e del contingentamento;
 - d5) da queste nuove esigenze è scaturito l'impianto dell'art. 11 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, a norma del quale: è possibile partecipare in non più di due regioni al concorso per la assegnazione di una sede farmaceutica; è possibile partecipare anche in forma associata (proprio per favorire i più giovani); il vincolo della forma associativa ha durata minima triennale;

- e) ha evidenziato sul piano interpretativo che:
- e1) occorrerebbe innanzitutto chiarire se la gestione in forma associata è comunque legata ad un modello “personalistico”, costituendone una semplice variante (dunque la associazione costituirebbe una sorta di aggregazione o di raggruppamento di più individui o meglio di professionisti, con conseguente sommatoria dei relativi titoli e requisiti) oppure ad un modello “societario”. L’art. 11 del decreto-legge n. 1 del 2012 non reca disposizioni chiarificatrici in tal senso;
 - e2) qualora si opti per questa seconda soluzione (modello societario), se sia possibile applicare il predetto criterio della “cumulabilità temperata” di cui all’art. 1, comma 158, della legge n. 124 del 2017;
 - e3) in ogni caso, se il modello partecipativo di cui al citato art. 11 implichi il superamento del divieto di cumulo ossia se sia possibile ammettere, anche per le istanze in forma individuale, che alla “partecipazione” in due regioni si possa parimenti accompagnare la “assegnazione” per entrambe le sedi. Anche su tale questione la formulazione del predetto art. 11 non aiuta a comprendere quale ipotesi privilegiare (superamento o meno del divieto di cumulo);
- f) ha dato atto della presenza di un indirizzo della giurisprudenza di primo grado tuttora assestata sulla permanenza del divieto assoluto di cumulo (cfr. T.a.r. per il Lazio, Sez. I-*quater*, 9 marzo 2018, n. 2720, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2018, 867).

IV. – Si segnala per completezza quanto segue:

- g) sulla permanenza del divieto di cumulo, anche all’indomani della entrata in vigore del decreto-legge n. 1 del 2012, si veda T.a.r. per il Lazio, Sez. I-*quater*, 9 marzo 2018, n. 2720 (citata dalla pronuncia in rassegna e, allo stato, oggetto del giudizio di appello n.r.g. 2970/2018), secondo cui:
- g1) *“La ratio della norma di cui al divieto di cumulo di due o più autorizzazioni farmaceutiche in capo ad una sola persona, stabilito dall’art. 112, 1° comma, r.d. 1265/1934, è quella di impedire il sorgere di fenomeni di speculazione conseguenti alla concentrazione di più esercizi farmaceutici in capo ad uno stesso soggetto; tale disposizione prevede che il soggetto autorizzato all’esercizio di una farmacia possa comunque concorrere per il conferimento di un’altra, dovendo, tuttavia - in caso di esito favorevole del concorso - rinunciare entro dieci giorni a quella di cui sia già titolare, al fine di non incorrere nella decadenza dalla nuova assegnazione, trattandosi del c.d. principio di alternatività, volto a scongiurare la possibilità che un soggetto possa divenire contemporaneamente titolare di più esercizi farmaceutici,*

all'uopo imponendogli la scelta tra conservare la sede per la quale è già autorizzato oppure optare per quella conseguita all'esito del concorso";

- g2) *"La previsione di una scelta in caso di partecipazione con esito favorevole a procedure selettive per l'assegnazione di sedi farmaceutiche a concorso straordinario in due differenti regioni deve ritenersi applicabile anche alle forme di partecipazione per la gestione associata, di cui all'art. 11 d.l. 1/2012, conv. nella l. 27/2012, che ha previsto l'introduzione di una serie di misure finalizzate a potenziare il servizio farmaceutico mediante l'accesso alla titolarità delle farmacie anche in forma associata, al fine di garantire una ampia partecipazione alle procedure concorsuali anche da parte di soggetti interessati di giovane età che non fossero, per evidenti ragioni anagrafiche, ancora in possesso di titoli adeguati tali da consentire loro una utile collocazione in graduatoria ai fini dell'assegnazione delle sedi farmaceutiche poste a concorso, diversamente costituendo una evidente disparità di trattamento, con specifico riferimento al regime delle incompatibilità, la previsione di condizioni e obblighi ove limitata solamente ai partecipanti alle procedure di assegnazione in forma individuale";*
- g3) *"L'assentita partecipazione al concorso straordinario in due regioni diverse non può ritenersi in alcun modo un elemento legittimante l'assegnazione di più sedi, dovendosi considerare quella riferita una facoltà limitata alla fase procedimentale della partecipazione alle procedure di concorso ma non anche a quella dell'assegnazione definitiva delle sedi farmaceutiche, poiché in linea e coerente con la finalità assolutamente logica e razionale di evitare concentrazioni o la riconducibilità di più sedi ad un unico soggetto o centro di interessi sia esso persona fisica o giuridica";*
- h) sulla applicazione dell'art. 11 del decreto-legge n. 1 del 2012, si veda Cons. Stato, comm. spec., parere 3 gennaio 2018, n. 69 (in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Farmacia*, n. 11; *Rass. dir. farmaceutico*, 2018, 337; *Foro amm.*, 2018, 26), secondo cui:
- h1) *mediante "l'articolo 11 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, ... è stata introdotta la disciplina del concorso straordinario, per soli titoli, per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche, che, al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie, ammette anche la partecipazione di più farmacisti che si impegnano alla gestione in forma associata delle stesse. In tal modo il punteggio per il conseguimento della farmacia risulta dal cumulo dei punteggi spettanti singolarmente a ciascun farmacista";*
- h2) *"Il particolare meccanismo selettivo, basato come già detto sulla mera comparazione di titoli, così distaccandosi dalle modalità del concorso ordinario basato su una verifica attitudinale dei concorrenti individuali, presenta in questo caso ulteriori profili di eccezionalità, laddove prevede particolari forme 'agevolatrici' per l'ammissione, riguardanti l'associazione e la sua peculiare finzione. Tali modalità di*

partecipazione evidenziano, invero, caratteri di discontinuità rispetto ai principi del concorso, alterando la regola generale del merito individuale”;

- h3) quanto, poi, *“alla incompatibilità di cui all’articolo 8, comma 1, lettera b), si chiede se l’applicazione della disposizione possa essere limitata unicamente ai casi in cui la partecipazione alle società di farmacia comporti, da parte del titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia, lo svolgimento di analogo ruolo in seno alla farmacia ‘sociale’ o comunque di un ruolo idoneo ad incidere sulle decisioni della società (es. amministratore); non anche, quindi, ai casi in cui la partecipazione si sostanzia in un mero versamento di capitale, senza che il socio, di fatto, acquisisca alcun ruolo decisionale nell’ambito della società”*. Aderendo alla tesi della Federazione degli Ordini dei Farmacisti Italiani, il Consiglio di Stato ha affermato che *“l’incompatibilità di cui al citato art. 8, comma 1, lett. b) da parte del titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia deve essere estesa a qualsiasi forma di partecipazione alle società di farmacia, senza alcuna limitazione o esclusione”;*
- i) in tema di assegnazione di sedi farmaceutiche ai sensi del decreto-legge n. 1 del 2012, e in particolare sulle possibili disfunzioni del sistema informatico sotteso alla presentazione delle relative istanze, si veda T.r.g.a. sede di Trento, 15 aprile 2015, n. 149 (in *Foro it.*, 2015, III, 492; *Giornale dir. amm.*, 2016, 3, 393, con nota di BARMANN), secondo cui:
- i1) *“Sarebbe nondimeno gravemente errato vedere nel procedimento informatico una sorta di amministrazione parallela, che opera in piena indipendenza dai mezzi e dagli uomini, e che i dipendenti si devono limitare a osservare con passiva rassegnazione (se non con il sollievo che può derivare dal discarico di responsabilità e decisioni): le risposte del sistema informatico sono invece oggettivamente imputabili all’Amministrazione, come plesso, e dunque alle persone che ne hanno la responsabilità”;*
- i2) *pertanto: “Il rifiuto della piattaforma informatica è invero imputabile alla Provincia autonoma di Trento ... ed essa era dunque tenuta a valutarne la legittimità, procedendo eventualmente in autotutela”;*
- j) 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. GOLA, *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, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, Milano, 2017, 143 ss.;

- k) 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 ed elemento professionale-sanitario si veda:
 - k1) Corte cost., 10 marzo 2006, n. 87 (in *Foro it.*, 2006, I, 1669), secondo cui “È incostituzionale l'art. 46 l. 16 gennaio 2003 n. 3, nella parte in cui disciplina il fenomeno della gestione provvisoria delle farmacie e prevede una sanatoria delle stesse con assegnazione al gestore provvisorio della relativa titolarità, individuando il beneficio (assegnazione in titolarità della sede farmaceutica), i requisiti per accedere allo stesso, i criteri per risolvere i potenziali conflitti con altri soggetti interessati e le regole per il relativo procedimento di riconoscimento”;
 - k2) Corte di giustizia UE, grande sezione, 19 marzo 2009, C-171/07 e C-172/07 (in *Foro it.*, 2011, IV, 91), la quale ha affermato la legittimità di alcuni aspetti della disciplina vincolistica italiana relativa alle farmacie comunali;
- l) sulla incompatibilità tra la gestione societaria delle farmacie e qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco, si veda:
 - l1) Corte cost., 24 luglio 2003, n. 275 (in *Foro it.*, 2003, I, 3221), la quale ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 8, 1° comma, lett. a), della legge 8 novembre 1991, n. 362, nella parte in cui, mentre vieta a chi ha la gestione di una farmacia privata qualsiasi attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco, non prevede analogo divieto per le farmacie comunali, alla cui gestione possono partecipare anche società operanti nel settore della produzione e commercializzazione del farmaco;
 - l2) Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207 (in *Foro it.*, 2008, III, 188), il quale ha affrontato la questione se la norma, come risultante dalla sentenza della Corte costituzionale richiamata, si ponga in contrasto con alcuni principi del trattato istitutivo della Comunità europea, e precisamente con il principio di non discriminazione, con la libertà di stabilimento e con la libera circolazione dei capitali; la sentenza afferma che la norma comunitaria prevale sulla norma interna ma con salvezza dell'area dei diritti fondamentali dell'ordinamento, la cui tutela funge da insopprimibile contro limite alle prescrizioni spontaneamente accettate con il trattato dell'Unione europea

(c.d. teoria dei contro limiti); in tale ultimo ambito rientra il regime delle incompatibilità disciplinato dall'art. 8 della legge n. 362 del 1991, in presenza di una statuizione della Corte costituzionale, che vincola il giudice amministrativo all'applicazione di tale norma, come modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale;

m) in materia di società miste per la gestione di farmacie pubbliche e rapporti fra disciplina delle farmacie e regole antitrust a livello europeo, si veda:

m1) Cons. Stato, sez. III, ord. 4 luglio 2018, n. 4102 (in *Foro amm.*, 2018, 1205 nonché oggetto della News US del 13 luglio 2018, alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), che ha rimesso 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. Il Consiglio di Stato ha in particolare ritenuto che 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. In questa direzione, la regola concorsuale connota l'intera materia della titolarità delle farmacie non solo nella fase di assegnazione delle sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione ma anche nelle ipotesi della cessione. Entro questo quadro regolatorio, il Consiglio di Stato dubita che un siffatto diritto di prelazione sia giustificato dalla sussistenza di un interesse pubblico prevalente realmente apprezzabile. Si consideri infatti che 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. Di qui la sussistenza di ragioni di perplessità in merito alla conformità *de iure communitario* della disposizione normativa in esame: la disposizione normativa in esame, prevedendo un diritto di preferenza a favore del dipendente della farmacia, rischia infatti 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;

m2) Corte cost., 31 maggio 2018, n. 116 (in *Foro it.*, 2018, I, 2591, nonché oggetto della News US del 7 giugno 2019 alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), la quale ha, nella sostanza, 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 (il quale prevede a sua volta l'alienazione con procedura a evidenza pubblica delle partecipazioni societarie detenute dalle Amministrazioni locali), 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.