**TAR Campania, Napoli, Sez. V, 1/6/2011 n. 2939**

N. 02939/2011 REG.PROV.COLL.

N. 03088/2010 REG.RIC.

N. 05125/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui ricorsi riuniti nn.3088/2010 e 5125/2010 R.G. proposti rispettivamente (n.3088/2010) dalla Farmacia Pesce Snc in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall’Avv. Orazio Abbamonte ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Napoli, Viale Gramsci n.16, e (n.5125/2010) dal Comune di Brusciano in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall’Avv. Enrico Iossa ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Napoli, Piazza Bovio n.14;

contro

Regione Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’Avv. Alessandra Miani ed elettivamente domiciliata presso gli Uffici dell’Avvocatura Regionale in Napoli, Via S. Lucia n.81;
(nel ricorso n.3088/2010) Comune di Brusciano in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall’Avv. Enrico Iossa ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Napoli, Piazza Bovio n.14;
(nel ricorso n.5125/2010) Farmacia Pesce Snc in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:
(in entrambi i ricorsi) Ciccone Giuseppe in qualità di legale rappresentante della Farmacia Padre Pio, Cava Antonio in qualità di legale rappresentante della Farmacia Cava e Sasso Sandra in qualità di legale rappresentante della Farmacia De Ponte, rappresentati e difesi dagli Avv. Antonio Palma e Simona Scatola ed elettivamente domiciliati presso il loro studio in Napoli, Via G. G. Orsini n.30;

per l'annullamento

Quanto al ricorso n.3088/2010:

previa sospensione, della comunicazione n.95184 del 3/2/2010 inoltrata dalla Regione Campania al Comune di Brusciano, nonché per il risarcimento dei danni derivanti dal mancato rilascio dell’autorizzazione all’esercizio della farmacia comunale assegnata alla ricorrente dal Comune di Brusciano.

Quanto al ricorso n.5125/2010:

del decreto n.54 del 18/6/2010 di decadenza dal diritto di prelazione e soppressione della sede farmaceutica n.4 del Comune di Brusciano, nonché per il risarcimento dei danni.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Viste le memorie depositate nei distinti ricorsi;

Visti i motivi aggiunti, proposti nel ricorso R.G. n.3088/2010, avverso il decreto n.54 del 18/6/2010 di decadenza dal diritto di prelazione e soppressione della sede farmaceutica n.4 del Comune di Brusciano e avverso il decreto n.116 del 20/10/2010 di riassegnazione al Comune di Brusciano della quarta sede farmaceutica;

Visti i motivi aggiunti, proposti nel ricorso R.G. n.5125/2010, avverso il decreto n.116 del 20/10/2010 di riassegnazione al Comune di Brusciano della quarta sede farmaceutica;

Visto l’intervento ad opponendum, nel ricorso n.5125/2010, di Ciccone Giuseppe in qualità di legale rappresentante della Farmacia Padre Pio, Cava Antonio in qualità di legale rappresentante della Farmacia Cava e Sasso Sandra in qualità di legale rappresentante della Farmacia De Ponte;

Visto il deposito, nel ricorso n.5125/2010, del decreto n.46 del 14/2/2011 con cui la Regione Campania ha attribuito la titolarità della sede farmaceutica urbana di nuova istituzione n.4 del Comune di Brusciano al Comune medesimo autorizzando la gestione tramite la Farmacia Pesce snc;

Visto l’art.35 del cod. proc. ammin.;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Consigliere Gabriele Nunziata per la pubblica udienza del 19 maggio 2011, ed ivi uditi gli Avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Quanto al ricorso n.3088/2010:

Espone in fatto parte ricorrente che, con Delibera n.26 del 22/7/2002, il Comune di Brusciano decideva di esercitare il diritto di prelazione su una delle sedi farmaceutiche presenti sul territorio comunale, mentre con Delibera n.12 del 6/4/2009 indiceva la procedura ad evidenza pubblica che si chiudeva giusta Delibera n.544 del 20/7/2009 di aggiudicazione alla ricorrente, con la quale veniva poi stipulato il contratto in data 18/11/2009. La ricorrente si procurava la disponibilità dell’immobile, acquistava i beni strumentali e assumeva il personale e, in assenza del provvedimento di autorizzazione regionale, inoltrava una diffida il 18/3/2010, ma successivamente apprendeva che con nota del 3/2/2010 la Regione aveva rappresentato al Comune la necessità di acquisire i pareri tecnici di cui al Decr. Legisl. n.135 del 2009 ed alla L.R. n.2/2010.

Con motivi aggiunti sono stati poi impugnati il decreto n.54 del 18/6/2010 di decadenza dal diritto di prelazione e soppressione della sede farmaceutica n.4 del Comune di Brusciano e il decreto n.116 del 20/10/2010 di riassegnazione al Comune di Brusciano della quarta sede farmaceutica.

Quanto al ricorso n.5125/2010:

Espone in fatto il Comune di Brusciano che, in seguito all’istituzione nella Pianta organica della 4° sede farmaceutica sul proprio territorio comunale, ne ha assunto la titolarità avvalendosi con Delibera Consiliare n.26 del 22/7/2002 del diritto di prelazione esercitato ex artt.9 e 10 della Legge n.475/1968. E’ stata costituita una società mista con bando di gara per la scelta del socio privato ma senza esito positivo, finchè non è stata attivata la procedura ad evidenza pubblica per l’affidamento in concessione del servizio di farmacia comunale, con aggiudicazione definitiva alla Farmacia Pesce snc. Dopo la stipula del contratto di concessione per la durata di 50 anni, vi è stato un carteggio sugli atti relativi all’esercizio del diritto di prelazione con sospensione del procedimento, finchè con il provvedimento impugnato non è stata disposta la decadenza dal diritto di prelazione e soppressione della sede farmaceutica n.4 del Comune di Brusciano.

Con motivi aggiunti è stato poi impugnato il decreto n.116 del 20/10/2010 di riassegnazione al Comune di Brusciano della quarta sede farmaceutica.

La Regione Campania si è costituita nei distinti ricorsi deducendo la legittimità del proprio operato, ciò in ragione della sopravvenienza, in corso di affidamento in concessione del servizio di farmacia comunale, della normativa di cui alla Legge n.166 del 2009 e all’art.1, comma 8, della L.R. n.2 del 2010. E’ stato successivamente rappresentato che, giusta L.R. n.15 del 2010, il citato art.1, comma 8, è stato poi abrogato, per cui sarebbe venuto meno l’interesse al ricorso. Nel ricorso n.5125/2010 sono intervenuti ad opponendum i sigg. Ciccone Giuseppe in qualità di legale rappresentante della Farmacia Padre Pio, Cava Antonio in qualità di legale rappresentante della Farmacia Cava e Sasso Sandra in qualità di legale rappresentante della Farmacia De Ponte, per rappresentare che il Comune di Brusciano non avrebbe mai avuto l’intenzione di esercitare il diritto di prelazione e che l’operato della Regione Campania sarebbe ineccepibile.

Alla pubblica udienza del 19 maggio 2011 le cause sono state chiamate e trattenute per la decisione come da verbale.

DIRITTO

1. Con i ricorsi in esame la Farmacia Pesce snc lamenta tra l’altro la violazione degli artt.23-bis del Decreto n.112/2008 e 1, co.8, della L.R. n.2/2010, mentre il Comune di Brusciano, tra l’altro, lamenta la violazione della Legge n.47571968 e della L.R. n.2/2010; entrambe le parti hanno richiesto il risarcimento dei danni e sostenuto l’illegittimità costituzionale della citata L.R. n.2/2010.

2. In via preliminare il Tribunale ritiene di disporre la riunione dei ricorsi, attesa la connessione oggettiva e soggettiva.

2.1 Sempre in via preliminare va rimarcato che la Sezione, già in altre circostanze (cfr. 24.6.2010, n.16015; 10.5.2010, nn.3447 e 3445; 28.12.2009, 9587; 14.4.2009, n.1966; 26.5.2008, n.5022), sulla materia in questione ha avuto occasione di richiamare i principi costituzionali e comunitari secondo i quali la concorrenza deve essere tutelata come bene in sé, in quanto assicurante in modo automatico il miglior equilibrio del mercato e la massima soddisfazione dell’interesse dei consumatori; viceversa, restringere la concorrenza a pochi operatori che usufruirebbero di un’ingiustificata posizione di oligopolio ed introdurre contingenti volti a creare un’ingiustificata barriera all’entrata di nuovi soggetti equivarrebbe ad eludere il favor dell’attuale “costituzione economica” per il regime di concorrenza in quanto, per definizione, meglio rispondente alle esigenze della generalità, ciò per tacere della progressiva liberalizzazione del settore nel rispetto della libera prestazione dei servizi e nell’ambito della adeguata distribuzione del servizio farmaceutico sul territorio, ove il cittadino deve essere adeguatamente garantito in virtù degli interessi in gioco, tra i quali non può trovare spazio quello di differire il più possibile l’apertura di nuove farmacie ad esclusivo vantaggio di chi già opera sul territorio.

Peraltro, come evidenziato dalla giurisprudenza (Cons. Stato, A.P., ord.za 30.3.2000, n.1), le farmacie, anche quelle di cui sono titolari soggetti privati, fanno parte dell’organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale, nel senso che ne costituiscono parte integrante in ragione della loro capillarità e del loro obbligo di erogare i farmaci agli assistiti ed a chiunque intenda acquistarli e di non interrompere lo svolgimento del servizio soggetto ad ampi poteri di vigilanza e di controllo dell’Amministrazione (Cons. Stato, V, 21.6.2005, n. 3268).

2.2 Nel caso delle farmacie private o comunali, esse in verità svolgono tale servizio sotto forma di un’impresa commerciale organizzata a tale scopo, privata o pubblica secondo il soggetto titolare della c.d. autorizzazione all’apertura della farmacia. La particolarità della farmacia comunale risiede nel fatto che, appartenendo ad un soggetto che è un ente pubblico e non un privato imprenditore, può assumersi il compito di assicurare alla collettività quelle modalità di servizio che, in quanto poco redditizie, sarebbero trascurate dai privati (T.A.R. Campania, Salerno, I, 22.2.2006, n.198; T.A.R. Umbria, 16.2.2000, n.142). In un settore in cui preminente è l’interesse della popolazione e le farmacie private sono assoggettate al regime pubblicistico, la posizione soggettiva del farmacista che prospetti la violazione del principio della libera concorrenza deve essere ricondotta alla categoria degli interessi legittimi, essendo in ogni caso l’interesse del privato concomitante, concorrente e subordinato ad un corretto assetto della rete di distribuzione dei farmaci all’utenza.

3. Nel merito il Collegio osserva che il comma 8 dell’art.1 della L.R. n.2/2010, quale posto a base delle determinazioni inizialmente assunte dalla Regione Campania per negare l’autorizzazione di competenza alla Farmacia Pesce snc, recitava che “Le farmacie istituite da almeno due anni, per le quali non sono state ancora avviate le procedure concorsuali per l’assegnazione, ovvero quelle assegnate con diritto di prelazione alla gestione dei comuni che ne hanno fatto richiesta e che alla data di entrata in vigore della presente legge finanziaria non sono state ancora aperte, sono soppresse”. Tuttavia, mentre altre parti della medesima legge sono state travolte da decisioni del Giudice delle leggi (nn.44 e 69 del 2011; 325 e 331 del 2010), nello specifico il Consiglio Regionale della Campania ha ritenuto di abrogare il citato comma 8 con l’art.1 della L.R. n.15/2010, rimanendo così privi di effetti giuridici gli atti adottati in applicazione della norma abrogata e facendosi rivivere la norma nazionale.

3.1 Per tale ragione il ricorso va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse delle ricorrenti in via principale nei separati giudizi, ancor prima del decreto n.46 del 14/2/2011 con cui la Regione Campania ha attribuito la titolarità della sede farmaceutica urbana di nuova istituzione n.4 del Comune di Brusciano al Comune medesimo autorizzando la gestione tramite la Farmacia Pesce snc e nonostante le richieste comunque ribadite in termini di risarcimento dei danni; è infatti pacifico che nell’attuale assetto normativo la distribuzione dei farmaci è una finalità espressa del Servizio Sanitario Nazionale e costituisce un parametro per i livelli essenziali di assistenza: in sostanza l’esercizio dell’attività di assistenza farmaceutica rappresenta un cardine della materia del diritto alla salute, garantito ed assicurato dallo Stato e dalle Regioni ed al quale i Comuni concorrono allorché intendono esercitare il diritto di prelazione, ossia la facoltà loro riconosciuta di gestire le farmacie comunali, attraverso lo strumento giuridico-organizzativo ritenuto più idoneo allo scopo.

In proposito si è affermato di recente (Corte dei Conti, Sez. Reg. di Controllo per la Puglia, Parere 27.2.2008, n.3) 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.

4. Per questi motivi, previa riunione, i ricorsi come proposti anche attraverso motivi aggiunti devono essere dichiarati improcedibili.

La peculiarità della materia e il comportamento processuale delle parti inducono a disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sui ricorsi come in epigrafe proposti, previa riunione e come proposti anche attraverso motivi aggiunti, li dichiara improcedibili.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

La sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Napoli, nella Camera di Consiglio del giorno 19 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Fiorentino, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere

Gabriele Nunziata, Consigliere, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|   |   |   |
|   |   |   |
| L'ESTENSORE |   | IL PRESIDENTE |
|   |   |   |
|   |   |   |
|   |   |   |
|   |   |   |
|   |   |   |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/06/2011

IL SEGRETARIO

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