**N. 00951/2013 REG.PROV.COLL.**

**N. 01300/2012 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1300 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  Farmacia di Villongo N.C. del Dr. Gianmario Gualteri & C., Gianmario Gualteri, rappresentati e difesi dall’avv.to Vincenzo Coppola, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv.to Antonio Prati in Brescia, Via Diaz n. 1/E;

*contro*

Comune di Villongo, rappresentato e difeso dagli avv.ti Andrea di Lascio e Saul Monzani, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv.to Carlo Mulè in Brescia, Via Gramsci n. 28;

*nei confronti di*

Federazione Ordine Farmacisti Italiani, Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, Corte dei Conti, Sez. Contr. Lombardia, Marina Laura Malighetti, Asl 301 - A.S.L. della Provincia di Bergamo, non costituitisi in giudizio;

*per l'annullamento*

DELLA DELIBERAZIONE CONSILIARE IN DATA 23/7/2012 n. 29, RECANTE L’ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA DELL’ATTO CONSILIARE 5/2012 E L’ATTRIBUZIONE DELLA TITOLARITA’/GESTIONE DELLA FARMACIA COMUNALE MEDIANTE CONCESSIONE A TERZI.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Villongo;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2013 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Espone parte ricorrente in punto di fatto che il Comune di Villongo aveva deciso di esercitare il diritto di prelazione sulla seconda farmacia istituita sul territorio e di adottare il modello gestionale della Società mista. Osservavano gli esponenti che il sistema farmaceutico sarebbe sottratto alla disciplina dei servizi pubblici locali, secondo quanto dispone l’art. 15 comma 1 lett. a) della L. 166/2009 e che, in aggiunta, il legislatore ha introdotto il chiaro divieto – per i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti – di costituire Società. Avverso il provvedimento adottato dal Comune i ricorrenti hanno proposto ricorso presso questo Tribunale (r.g. 543/2012) formulando contestualmente istanza di sospensiva: quest’ultima è stata accolta da questa Sezione (ordinanza 21/6/2012 n. 277).

Con l’atto impugnato in questa sede il Comune di Villongo ha annullato in autotutela la precedente deliberazione consiliare n. 5/2012 (con conseguente cessazione della materia del contendere sul ricorso predetto, affermata nella sentenza di questo T.A.R. 31/1/2013 n. 114) e ha stabilito di procedere all’attribuzione in regime di concessione della titolarità/gestione della farmacia comunale a soggetti abilitati, tramite procedura a evidenza pubblica.

Con il gravame introduttivo parte ricorrente censura la deliberazione in epigrafe, deducendo quale articolato motivo in diritto l’illegittimità della gara pubblica per incoerenza con il modello prescelto: quest’ultimo prevede la sola gestione diretta del servizio, per cui dopo l’esercizio della prelazione non è più possibile avvalersi dello strumento concessorio.

Precisa che le uniche possibili modalità sono quelle previste all’art. 9 della L. 475/68, ossia la gestione in economia o a mezzo di azienda speciale, mediante consorzi tra Comuni, o attraverso Società di capitali con partecipazione dei farmacisti: in proposito, rappresenta che il Comune di Villongo non ha rispettato il patto di stabilità nell’anno 2011 e dunque non può procedere a nuove assunzioni. Invoca a sostegno delle proprie asserzioni i pareri della Corti conti Lombardia sez. controllo 5/3/2012 n. 49, 24/10/2012 n. 446, 3/2/2011 n. 70 e 12/12/2011 n. 657.

Si è costituita in giudizio l’amministrazione, formulando eccezioni in rito e chiedendo nel merito la reiezione del gravame.

Con ordinanza in data 16/1/2013 n. 20 questo Tribunale ha motivatamente respinto la domanda cautelare e il Consiglio di Stato, investito dell’appello, ha confermato il provvedimento interinale di primo grado con ordinanza della sez. III – 19/4/2013 n. 1435.

Con motivi aggiunti depositati il 10/10/2013 parte ricorrente impugna altresì la determinazione n. 249 del 3/7/2013, di indizione della gara pubblica per l’affidamento del servizio in concessione, e la determinazione n. 250 in pari data, di approvazione del bando per lo svolgimento della selezione. Ribadisce in diritto i profili di censura sollevati nel gravame introduttivo (invocando il precedente del T.A.R. Piemonte, sez. II – 14/6/2013 n. 767) e sottolinea la totale assenza di poteri comunali di indirizzo, programmazione, vigilanza e controllo sull’attività del gestore, che mantiene una totale autonomia in coerenza con il modello di esternalizzazione prescelto.

Alla pubblica udienza del 23/10/2013, la difesa del Comune ha dichiarato a verbale di non opporsi alla decisione della causa anche in relazione ai motivi aggiunti da ultimo presentati, per i quali il termine dilatorio di trattazione non era ancora scaduto. Il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono stati quindi chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

I ricorrenti censurano la scelta di affidare la gestione della farmacia comunale avvalendosi del modello della concessione a terzi.

1. Il Collegio può esimersi dall’affrontare le plurime eccezioni in rito formulate dall’amministrazione intimata, in quanto il gravame introduttivo e i motivi aggiunti sono infondati nel merito.

1.1 E’ indubbio che la farmacia, a gestione sia pubblica che privata, implica un’attività nella quale coesistono elementi imprenditoriali e commerciali e tratti di servizio pubblico sottoposti al controllo dell’autorità preposta.

1.2 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. In questo senso la Corte costituzionale, nella sentenza 10/3/2006 n. 87 ha affermato che *“… 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 profilo, sia il carattere professionale sia l’indubbia natura commerciale dell’attività del farmacista”*.

1.3 Sul piano normativo, l’art. 23-bis del D.L. 112/2008 conv. in L. 133/2008 (nel testo modificato dal D.L. 135/2009 conv. in L. 166/2009), nel disciplinare i servizi a rilevanza economica, faceva espressamente salve *“le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali”*. Dopo il referendum che ha disposto l’abrogazione dell’articolo appena riportato (con effetto dall’emanazione del D.P.R. 19/7/2011 n. 133) anche l’art. 4 comma 34 del D.L. 138/2011 – recante “adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell’Unione Europea” – escludeva dal proprio raggio di operatività la gestione delle farmacie comunali, regolate dalla L. 475/1968.

Dopo la dichiarazione di illegittimità dell’art. 4 del D.L. 138/11 ad opera della Corte costituzionale con la sentenza n. 199/2012, è intervenuto il D.L. 18/10/2012 n. 179 conv. in L. 17/12/2012 n. 221, il quale – per l’affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica – non esprime più alcuna preferenza tra i modelli utilizzabili, ossia non predilige l’amministrazione indiretta dei servizi, ovvero la piena espansione della concorrenza oppure il modello del partenariato pubblico-privato, ma rinvia alla scelta che dell'uno o dell’altro concretamente si compia da parte dell’Ente affidante (art. 34 comma 20). Ebbene, anche in questo caso il comma 25 statuisce che *“i commi da 20 a 22 non si applicano …. alla gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475”*.

Contestualmente il D. Lgs. 26/3/2010 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)” stabilisce che le disposizioni del decreto non si applicano ai servizi sanitari, nei quali sono sussumibili i servizi erogati dalle Farmacie.

1.4 Anche la Corte di Giustizia (sentenza 1/6/2010 resa nelle cause C-570/07 e C-571/07), nell’esaminare una questione afferente alla compatibilità comunitaria di un limite di distanza minima tra farmacie, ha statuito (par. 90) che *“la libertà di stabilimento degli operatori economici deve essere bilanciata con le esigenze di tutela della sanità pubblica e … la gravità degli obiettivi perseguiti in tale settore può giustificare restrizioni che abbiano conseguenze negative, anche gravi, per taluni operatori (v., in tal senso, sentenza 17 luglio 1997, causa C-183/95, Affish, Racc. pag. I-4315, punti 42 e 43)”*, e che una normativa nazionale ben può perseguire l’obiettivo di garantire alla popolazione un approvvigionamento di medicinali sicuro e di qualità, attraverso modalità di raggiungimento del medesimo che non siano incoerenti (par. 101).

1.5 Venendo ora alla disposizione legislativa mantenuta ferma dalla disciplina nazionale dei servizi pubblici locali (art. 9 della L. 475/68 nel testo vigente), la stessa testualmente recita: *“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”*.

1.6 Secondo la sentenza della Corte dei conti sez. reg. controllo della Lombardia n. 49/2012, evocata dagli esponenti, il modello della concessione a terzi introduce un elemento di rottura tra la titolarità (che rimane pur sempre in capo all’Ente locale) e la gestione della farmacia, compromettendo la natura pubblicistica della finalità di servizio pubblico essenziale insita nel servizio farmaceutico. La stessa sezione, nel parere n. 532 del 17/12/2012, ha riconosciuto la natura di servizio pubblico locale a tendenziale rilevanza economica della farmacia comunale, e tuttavia ha anch’essa sottolineato che *“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 (cfr. deliberazioni n. 70/2011/PAR, n. 49/2012/PAR e n. 446/2012/PAR), sia pur individuati con gara ad evidenza pubblica, poiché è necessario 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. Inerenza con un pubblico servizio da ritenersi prevalente rispetto alla natura potenzialmente commerciale dell’attività di farmacista. In sintesi, l’impraticabilità del modello concessorio riposa sul fine pubblico in vista del quale è stata concepita la prelazione legale in favore dei Comuni. In tanto la legge conferisce 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 dell’attività. Se l’amministrazione esercita 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”*. Detta impostazione è stata condivisa nelle recenti pronunce del T.A.R. Piemonte (sez. II – 14/6/2013 n. 767; sez. II – 27/6/2013 n. 829).

Il Collegio ritiene che siffatto ordine di idee debba essere disatteso.

2. Va anzitutto rilevato che non è più in discussione il venir meno della tassatività dell’elenco di cui all’art. 9 della L. 475/68, e in questo senso è pacificamente ammessa la gestione di un servizio pubblico (quale una farmacia comunale) mediante una Società a totale partecipazione dell’Ente locale. La pronuncia della Corte dei Conti sez. Lombardia n. 489 del 26/9/2011 ha statuito in proposito che la disciplina compiuta del servizio di farmacia comunale *“… deve essere ricostruita a cura dell’interprete, secondo un approdo ermeneutico comunitariamente orientato, che colmi il vuoto normativo derivante dalla diretta applicazione al settore di una legislazione entrata in vigore ben prima della stabilizzazione del processo comunitario di formazione del diritto dei servizi pubblici”* ossia che *“stante il fenomeno della penetrazione del diritto comunitario nel diritto nazionale dei vari Stati membri dell’Unione Europea, la citata legge non può che essere interpretata secondo i principi generali vigenti in ambito comunitario nella materia dei servizi pubblici, custoditi ed ampliati dall’incessante opera della Corte di Giustizia europea (tutela della concorrenza, libertà di circolazione dei fattori produttivi, divieto di barriere di entrata nel mercato, trasparenza e non discriminazione). Principi comunitari che appartengono a pieno titolo al diritto positivo interno, in ragione della natura di norme inderogabili di ordine pubblico economico”*. In particolare *“La mancata previsione della forma societaria a responsabilità limitata unipersonale, del resto deve essere conformata all’evoluzione degli strumenti giuridici che sono oramai entrati a pieno titolo nel patrimonio comune dell’ordinamento interno, mediante il trasformatore permanente d’istituti giuridici e di interessi individuali e collettivi rappresentato dal diritto dell’Unione Europea. La società di capitali unipersonale è stata introdotta nell’ordinamento giuridico statuale, in conseguenza della cosiddetta “Dodicesima Direttiva” del Consiglio Europeo (Dir. 89/667/CEE del 21 dicembre 1989), recepita con il D. Lgs. 3 marzo 1993, n.88. La riforma del diritto delle società ha poi esteso il modello di società unipersonale, costituita per atto unilaterale, alla società per azioni (D. Lgs. 17 gennaio 2003, n.6). Ne consegue che la previsione di uno schema societario non rientrante nel novero delle modalità di resa del servizio elencate nella legge “Mariotti” non può che essere irrilevante ai fini della validità dello strumento giuridico prescelto dalla pubblica amministrazione per perseguire i propri fini. I modelli di gestione del servizio di farmacia comunale previsti dall’art. 9 della legge 2 aprile 1968, n.475, non hanno, dunque, carattere tassativo”*.

2.1 L’attuale panorama normativo risultante dalla sentenza della Corte costituzionale 20/7/2012 n. 199 – che ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 4 del D.L. 138/2011 (statuizione che ha fatto seguito all’abrogazione referendaria dell’art. 23-bis del D.L. 112/2008) – vede la riaffermazione delle “regole concorrenziali minime comunitarie” in materia di affidamento dei servizi pubblici e dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia, e tale concetto è stato da ultimo ribadito con l’introduzione dell’art. 34 comma 20 del D.L. 18/10/2012 n. 179 conv. in L. 17/12/2012 n. 221.

In buona sostanza la sentenza 190/2012 (e il recente intervento legislativo) lasciano di nuovo spazio, in tema di affidamento dei servizi pubblici, alla disciplina comunitaria e ai principi ricavabili dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia.

Da un lato il diritto comunitario consente alle amministrazioni pubbliche di adempiere le funzioni di interesse pubblico a esse incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici o di altro tipo, senza necessariamente far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tali casi, non sussistono i presupposti per applicare le norme comunitarie a tutela della concorrenza (cfr. Corte costituzionale – 28/3/2013 n. 50 sul ricorso alla cd. “autoproduzione”), purchè sussistano i requisiti del controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici, del capitale totalmente pubblico, e dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante (Corte di Giustizia CE, 18/11/1999, causa C-107/98, Teckal).

Le amministrazioni possono altrimenti adempiere le stesse funzioni, affidandone la gestione a terzi tramite procedure a evidenza pubblica, rispettando le direttive 2004/18 e 2004/17, nel caso di appalti pubblici, e gli artt. 43 e 49 del Trattato CE (ora articoli 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), nel caso di concessioni: devono essere osservati i principi di pubblicità, di concorrenza, di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

Per i nuovi affidamenti, gli Enti locali possono oggi scegliere tra le tre forme di gestione desumibili dall'ordinamento comunitario (gara per la scelta del gestore, gara per il socio di una Società mista, affidamento diretto *in house*), salvo l’obbligo per l'Ente locale affidante di motivare in modo adeguato e di dare conseguente pubblicità alla scelta della forma di gestione (cfr. art. 34 commi 20 e 21 del D.L. 179/2012).

2.2 E’ pur vero che per la gestione delle farmacie comunali è mantenuta la “clausola di salvezza” a favore della disciplina di settore (con l’esclusione espressa del raggio di applicazione dei commi 20, 21 e 22), ma ad avviso del Collegio non vi sono ragioni per non estendere al modello della concessione a terzi la ricostruzione evolutiva effettuata per legittimare la forma di gestione *in house*.

Gli elementi ostativi allo strumento concessorio invocati a sostegno della tesi che esclude la scelta del modello in esame sono individuabili da un lato nell’assenza di una norma che preveda espressamente la possibilità di separare la titolarità dalla gestione delle farmacie comunali, risultando unicamente regolata la loro coincidenza in capo all’Ente locale (pur nella varietà delle forme e nei modi indicati dall’art. 9 della L. 475/68); dall’altro nella complessa regolamentazione pubblicistica dell’attività economica di rivendita dei farmaci, 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 (sul punto T.A.R. Piemonte, sez. II – 14/6/2013 n. 767).

2.3 Sotto il primo profilo già si è esclusa la tassatività dell’elencazione dell’art. 9 della L. 475/68, adottato in un quadro ordinamentale ormai del tutto superato dall’ingresso e dal progressivo affinamento del diritto comunitario (cfr. *supra* paragrafo 2). Si è appena sottolineato come, in base a quest’ultimo, la cd. “autoproduzione” (gestione *in house*) e l’esternalizzazione siano poste sullo stesso piano e che l’alternativa tra le due opzioni sia rimessa al prudente apprezzamento delle singole amministrazioni (cfr. paragrafo 2.1). Pertanto, l’assenza di una norma positiva che autorizzi la dissociazione tra titolarità e gestione non pare rappresentare un ostacolo insormontabile all’adozione del modello concessorio.

Detto percorso interpretativo è stato condiviso da T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV – 28/6/2011 n. 2598 il quale ha affermato – con riferimento all’art. 23-bis del D.L. 112/2008 – che la clausola di salvezza dell’art. 9 della L. 475/68 permette ai Comuni di *“accedere alle forme di gestione delle farmacie comunali di cui all'art. 9 citato”* ma *“non si può per questo affermare che la disciplina di cui alla L. 475 sia l'unica applicabile al settore farmaceutico, senza possibilità di ricorso al mercato mediante procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione delle farmacie comunali, atteso che la gara costituisce la modalità ordinaria che i Comuni devono utilizzare per l'affidamento dei servizi pubblici locali. In conclusione, facendo salva la normativa di settore, l'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008 ha voluto garantire la sopravvivenza di forme di gestione diretta delle farmacie comunali che, altrimenti, sarebbero state travolte dall'entrata in vigore del citato art. 23 bis, il quale stabilisce la regola dell'affidamento dei servizi tramite gara pubblica, in ossequio ai principi di diritto comunitario”*. Sul medesimo quadro normativo, la giurisprudenza ha ugualmente statuito che *“In buona sostanza deve escludersi a priori l'incompatibilità delle modalità di affidamento contemplate dall'art. 15 del D.L. n. 135 del 2009 con le previsione della L. 2 aprile 1968, n. 457, atteso che la "salvezza" delle disposizioni contenute in tale legge, relativamente alla gestione delle farmacie comunali, lungi dall'esprimere un indice di incompatibilità fra le due normative in esame, sta a significare unicamente che tali disposizioni, in quanto contenute in una legge speciale, si aggiungono a quelle sopravvenute e con queste ultime non si trovano in rapporto di contrapposizione ma di integrazione e completamento”* (T.A.R. Campania Napoli, sez. V – 20/12/2012 n. 5286).

Il ragionamento sviluppato resta valido anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 34 comma 25 del D.L. 18/10/2012 n. 179 conv. in L. 17/12/2012 n. 221, il quale racchiude una clausola che – seppur escludendo la diretta applicabilità dei commi da 20 a 22 (che per l’affidamento dei servizi pubblici fanno unicamente rinvio ai canoni comunitari) alle farmacie – non per questo sancisce un divieto generale di operatività dei consolidati principi del diritto europeo, dovendo essere vagliata la compatibilità delle singole scelte con gli obiettivi di interesse pubblico perseguiti dall’ordinamento.

2.4 Il T.A.R. Piemonte, nella pronuncia già citata n. 767/2013, rafforza la propria tesi citando l’art. 11 comma 10 del D.L. 1/2012 conv. in L. 27/2012, il quale confermerebbe *<< … l’impossibilità di separare la titolarità dalla gestione delle farmacie comunali. Quest’ultima disposizione, concernente le farmacie di nuova istituzione previste nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti civili, nelle stazioni marittime, nelle aree di servizio autostradali nonché nei centri commerciali, ha stabilito che, “Fino al 2022, tutte le farmacie istituite ai sensi del comma 1, lettera b), sono 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 ai sensi del presente comma. In caso di rinuncia alla titolarità di una di dette farmacie da parte del comune, la sede farmaceutica è dichiarata vacante”: la gestione di queste nuove farmacie è dunque rimessa inderogabilmente al Comune che ha esercitato la prelazione, senza possibilità di cederla a terzi>>*.

Ad avviso del Collegio, la circostanza che – come riconosce lo stesso T.A.R. – il divieto sia espressamente limitato solo a specifiche categorie di farmacie neo-istituite, non implica l’affermazione di un dovere generale di “coincidenza” del binomio titolarità-gestione in capo all’Ente locale autore della prelazione, ma al contrario attesta il valore derogatorio della previsione citata rispetto alla regola generale di apertura ai valori comunitari. In ossequio a questi ultimi, infatti, il legislatore ha circoscritto la preclusione della scelta “dissociativa” soltanto a fattispecie peculiari e tassative, rimettendo per tutti gli altri casi ai singoli Enti locali del modello di gestione praticabile.

2.5 A questo punto deve essere affrontato il secondo profilo, afferente alla tutela della salute e ai “tratti pubblicistici” sottesi all’esercizio della prelazione, che connoterebbe il servizio assunto in proprio dal Comune, *“… di matrice assistenziale e sanitaria, la cui cura concreta richiede l’intervento della pubblica amministrazione nella gestione dell’attività”* (cfr. Corte dei conti sez. Lombardia n. 532 del 17/12/2012 già riportata al paragrafo 1.6). Ebbene, in proposito si può rilevare come la stessa Corte dei conti sez. Lombardia (nel parere 5/3/2012 n. 49) qualifichi l’attività in esame *“quale servizio pubblico essenziale, a carattere locale e a tendenziale rilevanza economica”*, e al contempo che le regole generali le quali circondano l’esercizio di tutte le farmacie siano incontrovertibilmente dirette ad assicurare la salvaguardia della salute dei cittadini, anche mediante il controllo istituzionale demandato alle autorità sanitarie locali. In questo senso qualsiasi farmacia – a prescindere dalla titolarità (pubblica o privata) della proprietà – resta sottoposta alle stringenti regole poste dalla normativa di settore, e di conseguenza non pare logico invocare insopprimibili esigenze di tutela della salute soltanto per i presidi appartenenti all’Ente pubblico.

2.6 L’obiettivo del mantenimento in capo al Comune delle proprie prerogative di Ente che persegue fini pubblicistici può essere tra l’altro ulteriormente garantito – in caso di affidamento a terzi – dalle specifiche regole di gara, e più precisamente dagli obblighi di servizio pubblico da imporre al concessionario, idonei a permettere un controllo costante sull’attività del gestore e la garanzia di uno standard adeguato di tutela dei cittadini. In questo senso, l’impostazione risulta perfettamente in linea con il principio comunitario di proporzionalità, per cui le restrizioni al regime di piena concorrenza sono effettivamente ammesse nei limiti in cui risulti strettamente necessario con l’obiettivo da perseguire (nella specie la salute pubblica e il pieno benessere dei cittadini).

2.7 Nel caso di specie l’avviso di selezione, in conformità alla deliberazione consiliare n. 29/2012, impone al concessionario taluni obblighi di tipo pubblicistico, dettagliandoli al paragrafo n. 8: in particolare i concorrenti devono assumere l’impegno a erogare a titolo gratuito diversi servizi, quali la rilevazione di peso e pressione arteriosa (mediante presidi fissi da istallare) e di valori sanguigni per residenti anziani di età, la consegna di farmaci a domicilio per i soggetti fragili, l'organizzazione di incontri formativi aperti al pubblico, un controllo annuale sulla capacità visiva dei bambini di 4 anni. Dette previsioni appaiono prevenire il rischio di vanificare la *ratio* “pubblicistica” sottesa all’esercizio della prelazione comunale, dato che il privato gestore è vincolato all’esecuzione di prestazioni utili alla collettività e alle fasce più deboli della popolazione. Non sono condivisibili i rilievi sollevati dagli esponenti nei motivi aggiunti, poiché i controlli di cui al paragrafo 7 dello schema di contratto di servizio delineano, nel rispetto dell’autonomia imprenditoriale del gestore, un monitoraggio costante su ogni aspetto di carattere organizzativo e tecnico, accordano al Comune l’accesso all’apparato burocratico, permettono l’espletamento di visite e ispezioni dei locali in ogni occasione. Nel caso di inadempimento degli obblighi di servizio pubblico, il Comune può determinarsi attraverso un ventaglio di opzioni, dalla diffida (par. 8.4) fino alla risoluzione anticipata del rapporto (par. 14.1). Dette clausole comprovano la sussistenza di reali ed effettivi poteri di vigilanza sull’attività, e consentono di integrare le condizioni indicate da questo Collegio ai precedenti paragrafi 2.5 e 2.6 di questa sentenza.

3. In conclusione il gravame introduttivo e i motivi aggiunti sono infondati e devono essere respinti.

Le spese di giudizio possono essere compensate, alla luce delle oscillazioni giurisprudenziali sul principale punto controverso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando, respinge il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti in epigrafe.

Spese compensate.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

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

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/11/2013

IL SEGRETARIO

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