

N. 05174/2013REG.PROV.COLL.

N. 02030/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2030 del 2013, proposto da:

Regione Campania, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Alessandra Miani, con domicilio eletto presso la Regione Campania, Ufficio Rappresentanza in Roma, via Poli, n. 29;

contro

De Rosa s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Luigi Adinolfi, con domicilio eletto presso l'Avv. Anna Bei in Roma, via Ovidio N.10, c/o Studio Rosati;

Commissario *ad acta* per la Prosecuzione del Piano di Rientro del

Settore Sanitario Regione Campania, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

Federfarma Campania, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Francesco Accarino, dall'Avv. Luigi Diego Perifano e dall'Avv. Luigi D'Angiolella, con domicilio eletto presso l'Avv. Federico Tedeschini in Roma, Largo Messico, n. 7;
Federfarma Napoli;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 00404/2012, resa tra le parti, concernente il Protocollo d'intesa siglato il 30 marzo 2012 dal Commissario *ad acta* per il Piano di rientro del Settore sanitario con Federfarma Campania ed Assofarm per la distribuzione dei presidi per diabetici presso le farmacie, stipulato senza preventiva gara - mcp

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di De Rosa s.r.l. e del Commissario *ad acta* per la Prosecuzione del Piano Rientro Settore Sanitario Regione Campania e di Federfarma Campania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2013 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l'Avv. Miani, l'Avv. Adinolfi, l'Avv. D'Angiolella e l'Avvocato dello Stato Colelli;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto avanti al T.A.R. Campania, Napoli, De Rosa s.r.l., nella sua duplice qualità di affidataria del servizio di distribuzione domiciliare di presidi per diabetici – in virtù di contratto stipulato il 14.1.2011 a seguito di procedura di gara centralizzata indetta nel dicembre 2010 dalla Società Regionale per la Sanità – So.Re.Sa. s.p.a. – e di impresa del settore, ha impugnato il Protocollo di intesa del 30.3.2012, sottoscritto dal Commissario e dal Subcommissario *ad acta* per la prosecuzione del Piano di rientro del settore sanitario in Campania e dai rappresentanti delle associazioni di categoria dei farmacisti (Federfarma Campania, Federfarma Napoli e Assofarm), con cui è stata convenuta la adesione della Regione Campania alla proposta, formulata da Federfarma Campania, di distribuzione dei presidi per diabetici presso le farmacie (o, a scelta del cittadino, con consegna domiciliare effettuata da personale della farmacia prescelta) nel territorio delle AA.SS.LL. Napoli 2 Nord e Napoli 3 Sud, i cui precedenti contratti di fornitura sarebbero scaduti il 31.3.2012, il tutto con accordo valevole dal 1.4.2012 al 30.6.2012 e opzione, per

la Regione, di proroga dell'accordo oltre la scadenza e di estensione alle altre AA.SS.LL.

2. Con i primi due motivi di ricorso la ricorrente sosteneva che l'Amministrazione non potesse ricorrere ad una trattativa privata con i farmacisti campani per l'affidamento della fornitura e per la consegna dei presidi per diabetici, non essendo più vigenti le norme e gli accordi richiamati a presupposto nel protocollo di intesa (l'art. 2 dell'accordo nazionale con i farmacisti, d.P.R. n. 371 dell'8.7.1998, che sarebbe scaduto il 31.12.1997, e l'art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 502/1992, la cui ultima parte, che avrebbe consentito di siglare accordi con i farmacisti a trattativa diretta, sarebbe stata eliminata con il d.lgs. n. 153/2009) e difettando le condizioni richieste dall'art. 57 del d.lgs. 163/06 per aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara.

3. Con i restanti nove motivi di ricorso De Rosa s.r.l. deduceva, inoltre, la sussistenza di altri e molteplici profili di annullabilità, nullità o inefficacia degli atti impugnati (contraddittorietà con precedenti atti; mancanza, in realtà, della sottoscrizione del Commissario *ad acta* per la prosecuzione del Piano di rientro; l'omessa approvazione con decreto commissariale del protocollo di intesa; il difetto di rappresentanza in capo al firmatario per l'Assofarm; il difetto di istruttoria, con riferimento alla mancata valutazione della proposta da parte di un apposito Tavolo tecnico;

la violazione del principio di tipicità e tassatività degli atti amministrativi; la illegittimità del parere reso dalla Commissione farmaceutica regionale, poiché composta, salvo che per l'Assessore alla sanità che la presiede, esclusivamente da farmacisti, portatori di un interesse proprio a dimostrare che la fornitura dovesse essere affidata ai farmacisti a trattativa diretta e senza gara; l'incompetenza della Commissione medesima rispetto ai compiti ad essa assegnati, in quanto, non trattandosi di medicinali, non si verteva di assistenza farmaceutica; l'inefficacia del protocollo di intesa perché non sottoscritto anche da un rappresentante nazionale di categoria).

4. Si costituivano in quel giudizio, per resistere al ricorso, la Regione Campania, il Commissario *ad acta* per la prosecuzione del Piano di rientro del settore sanitario in Campania, il Subcommissario *ad acta* per la prosecuzione del Piano di rientro del settore sanitario in Campania, la Federfarma Napoli e la Federfarma Campania, che hanno prodotto scritti difensivi e documenti.

5. La domanda cautelare proposta dalla ricorrente veniva respinta dal T.A.R. Campania con ordinanza n. 647 del 9.5.2012.

6. Con ricorso per motivi aggiunti la società ricorrente, premettendo di essere venuta a conoscenza da notizie di stampa che l'accordo contestato col ricorso introduttivo sarebbe stato esteso a tutte le AA.SS.LL. della Campania fino al 31 marzo 2013

con atti di estremi e contenuto ignoti, ha esteso l'impugnazione anche a questi ultimi, di cui denuncia l'illegittimità derivata dai vizi dell'originario accordo e l'illegittimità propria per le medesime ragioni fatte valere contro quest'ultimo.

7. Il T.A.R. Campania, con la sentenza n. 404 del 22.1.2013, accoglieva il ricorso proposto da De Rosa s.r.l., ritenendo che il Protocollo in questione fosse illegittimo perché adottato al di fuori dei presupposti previsti dall'art. 8, comma 2, del d. lgs. 502/1992, dovendosi disapplicare l'art. 2, comma 3, del d.P.R. 371/1998.

8. Avverso tale sentenza proponeva appello la Regione Campania che, deducendo l'erroneità della sentenza impugnata sotto cinque diversi profili, ne chiedeva, previa sospensione, la riforma.

9. Si è costituita in questo grado di giudizio anche De Rosa s.r.l., depositando memoria con la quale, oltre a richiedere la reiezione dell'avversario appello, ha riproposto i motivi di censura dichiarati assorbiti dal primo giudice.

10. Si è costituita, altresì, Federfarma Campania, che ha chiesto di accogliere l'appello, proposto dalla Regione Campania, con conseguente reiezione del ricorso proposto da De Rosa s.r.l. in prime cure.

11. Con ordinanza n. 1351 del 13.4.2013 questo Consiglio accoglieva l'istanza incidentale di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata.

12. Alla pubblica udienza del 12.7.2013 il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

13. L'appello della Regione Campania deve essere accolto.

14. Deve essere esaminata preliminarmente l'eccezione sollevata dall'appellata De Rosa s.r.l., la quale contesta la legittimazione attiva della Regione Campania ad impugnare la sentenza di primo grado che ha annullato i decreti adottati dal Commissario *ad acta* per la Prosecuzione del piano di rientro.

14.1. L'eccezione è infondata.

14.2. Questa Sezione ha già chiarito, in diverse sue pronunce, che al suddetto Commissario la legge affida poteri straordinari di gestione appunto *ad acta*, ma non sul sistema sanitario regionale nel suo complesso, che resta di competenza della Regione, sicché quest'ultima è in effetti incisa da quei provvedimenti commissariali, in quanto ad essa riconducibili negli effetti, posto che, comunque, essi sono attuativi delle determinazioni regionali, primarie e secondarie, alle quali sono comunque vincolati.

14.3. Ne discende che non può disconoscersi la legittimazione e l'interesse concreto e diretto in capo alla Regione a tutelarsi in sede giurisdizionale, appellando una sentenza del giudice di primo grado che aveva annullato un decreto commissariale (v., sul punto, Cons. St., sez. III, 6.6.2013, n. 3118).

14.4. In capo alla Regione, pur dopo l'insediamento del Commissario *ad acta* per il piano di rientro, residua infatti un

interesse giuridicamente qualificato alla impugnazione della sentenza emessa dal T.A.R., là dove venga in rilievo la legittimità di un atto adottato dalla stessa Regione, i cui effetti si riverberano direttamente sul bilancio regionale coinvolgendo la medesima nel rapporto con il Governo centrale, per il rispetto degli accordi presi per il piano di rientro dai disavanzi del settore sanità, e con i propri abitanti per le prestazioni sanitarie che in relazione alla determinazione dei tetti di spesa possono ricevere dal servizio pubblico (Cons. St., sez. III, 11.2.2013, n. 740).

14.5. L'eccezione di inammissibilità, pertanto, deve essere respinta.

15. Ancora in via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità della costituzione di Federfarma Campania, sollevata sempre dalla De Rosa s.r.l.

15.1. Al riguardo De Rosa s.r.l. ha sostenuto che, essendo Federfarma Campania soccombente anch'essa nel primo giudizio, non avrebbe potuto costituirsi nel giudizio di appello, incardinato da altro soccombente, per sostenerne le ragioni senza contemporaneamente proporre appello principale o incidentale.

15.2. L'eccezione, che mira a far dichiarare l'inammissibilità della costituzione di Federfarma, non può trovare accoglimento, nel modo e per il fine con cui è formulata, perché, se è pur vero che la giurisprudenza di questo Consiglio è costante nell'affermare che il controinteressato soccombente nel giudizio di primo grado, il quale abbia interesse all'annullamento della relativa sentenza, deve

impugnarla ritualmente, in via autonoma od in via incidentale dopo l'altrui impugnazione proposta per prima, non potendo eludere tale onere mediante la mera costituzione nel giudizio promosso da altro soccombente e con il successivo deposito di una memoria non notificata, la conseguenza di tale omissione, tuttavia, è che, ferma la costituzione e quindi la soggezione agli effetti interni del processo, i motivi d'impugnazione dedotti con il suo atto di costituzione in giudizio devono essere considerati inammissibili (Cons. St., sez. III, 11.2.2013, n. 739).

15.3. Ne segue che le deduzioni difensive di Federfarma, tese a dimostrare l'erroneità della impugnata sentenza, devono essere dichiarate inammissibili (v, in questo senso, Cons. St., sez. IV, 27.6.2011, n. 3851), fatta salva la mera costituzione di Federfarma nel presente giudizio.

16. L'appello della Regione Campania, ciò premesso, deve essere accolto.

16.1. Con il primo e il secondo motivo di impugnazione, che per la loro intima connessione possono essere unitariamente trattati, la Regione Campania deduce la violazione, da parte della sentenza impugnata, di numerose disposizioni normative, di rango primario e secondario, che regolamentano il Piano di rientro dal disavanzo del settore sanitario in Campania nonché, più nello specifico, l'erronea o la falsa applicazione dell'art. 8, comma 2, del d. lgs. 502/1992 e dell'art. 2, comma 3, del d.P.R. 371/1998.

17. Nell'impugnata sentenza il T.A.R. Campania, dopo aver analizzato la natura dei dispositivi della cui distribuzione si controverte, consistenti in strisce reattive (per la determinazione della glicemia o della glicosuria e/o della chetonuria), siringhe da insulina, lancette pungidito, apparecchi punge dito penne siringhe per la somministrazione di insulina aghi penna di varie misure e, infine, di glucometri, ne ha affermato correttamente la natura di dispositivi medici, secondo quanto prevede il d. lgs. 46/1997, ma ha escluso, nel contempo, che essi siano prodotti medicinali, la cui erogazione rientri nell'esclusiva competenza della distribuzione farmaceutica (v., in questo senso, Cons. St., sez. III, 18.1.2013, n. 290).

17.1. Ciò premesso, quindi, il giudice di prime cure ha focalizzato la sua analisi sulla verifica della idoneità dei presupposti normativi e fattuali, richiamati negli atti impugnati, a giustificazione della legittimità della determinazione di affidare, nondimeno, alla rete di farmacie convenzionate con il Servizio Sanitario Nazionale la distribuzione dei suddetti presidi per diabetici, prioritariamente mediante ritiro presso le stesse farmacie, senza effettuare alcuna gara.

17.2. Gli atti e provvedimenti impugnati, ha osservato il primo giudice, riposano sull'assunto che l'attribuzione al canale farmaceutico della erogazione dei presidi in questione sarebbe legittimata dalla previsione dell'art. 2, comma 3, dell'accordo

collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con le farmacie pubbliche e private, reso esecutivo con d.P.R. n. 371/1998, che consentirebbe, tramite accordi regionali, di attribuire in via prioritaria alle farmacie il canale distributivo dei presidi per diabetici, a condizione che i costi e la qualità delle prestazioni rese al cittadino siano complessivamente competitivi con quelli delle strutture delle aziende sanitarie.

17.3. Tale previsione trarrebbe legittimazione, a sua volta, dall'art. 8, comma 2, lett. c), del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, che demanda appunto ad accordi di livello regionale il compito di individuare modalità di erogazione delle prestazioni finalizzate al miglioramento dell'assistenza farmaceutica territoriale.

17.4. Secondo il T.A.R., tuttavia, l'art. 8, comma 2, del d. lgs. 502/1992 non consentirebbe in alcun modo all'accordo collettivo nazionale di affidare alla contrattazione a livello regionale, come è avvenuto nel caso di specie, l'individuazione delle prestazioni stesse di assistenza farmaceutica, ampliando gli ambiti riservati alle farmacie, e cioè di fare quanto lo stesso accordo nazionale non avrebbe potuto direttamente fare.

17.5. In particolare l'art. 2, comma 3, dell'accordo collettivo nazionale, poi recepito dal d.P.R. 371/1998, non godrebbe della copertura legislativa dell'art. 8, comma 2, del d. lgs. 502/1992 nella parte in cui consente alle Regioni, stipulando accordi regionali, la possibilità di avvalersi delle farmacie aperte al pubblico per

l'erogazione di ausili, presidi o prodotti diabetici, utilizzando in via prioritaria il canale distributivo delle farmacie a condizione che i costi e la qualità delle prestazioni rese al cittadino siano complessivamente competitivi con quelli delle strutture delle aziende U.S.L.

17.6. Se ne dovrebbe concludere, secondo il giudice di prime cure, che non risponde al vero che l'art. 8 del d. lgs. 502/1998, attraverso l'interposizione dell'accordo nazionale e, a cascata, di un accordo regionale, legittimerebbe l'Amministrazione a scegliere le farmacie come canale per la fornitura dei presidi diabetici ai suoi assistiti, al di fuori della gara pubblica.

18. La Regione Campania censura, come accennato, tale statuizione del T.A.R. sotto molteplici profili.

18.1. L'appellante osserva che il Commissario è stato incaricato di dare attuazione al Piano di Rientro e, in via prioritaria, di provvedere alla realizzazione di precisi interventi, identificati in 18 punti, tra i quali vi è la *“razionalizzazione della spesa farmaceutica convenzionata”*.

18.2. Proprio in attuazione di tali precisi obiettivi, stabiliti dalla delibera di G.R. n. 460/2007, il Commissario *ad acta*, visti gli esiti negativi dell'erogazione dei dispositivi *de quibus* attraverso la consegna domiciliare da parte della De Rosa s.r.l., precedente affidataria del servizio, ha deciso, con i provvedimenti impugnati, di recepire il Protocollo di intesa e di avvalersi del canale

distributivo tradizionale, rappresentato dalle farmacie convenzionate.

18.3. Con i decreti commissariali n. 75 del 9.7.2012 e n. 132 del 10.10.2012, pertanto, è stato disposto, rispettivamente, il recepimento del Protocollo di Intesa per la distribuzione dei presidi per diabetici sottoscritto, il 30.3.2012, con Federfarma Campania, Federfarma Napoli ed Assofarm Campania, previa valutazione comparativa dei costi con gli esiti della gara per la consegna domiciliare in scadenza, e la proroga dell'accordo fino al 31.3.2013.

18.4. L'adozione di tali protocolli, osserva l'appellante, è stata preceduta da un'accurata istruttoria di So.re.sa. s.p.a. che, nel valutare la proposta di distribuzione dei presidi diabetici della Federfarma, ha evidenziato i risparmi conseguibili rispetto ai prezzi e alle conclusioni praticate nella gara regionale e numerosi altri vantaggi per i pazienti, quali la libera scelta di tutte le marche e tipo di dispositivo e l'esistenza di una rete capillare, diffusa su tutto il territorio regionale, sia per il ritiro degli ausili che per la localizzazione e per gli orari.

18.5. Secondo l'appellante, quindi, l'adozione dei protocolli sarebbe imposta dalla necessità di contenimento della spesa pubblica.

18.6. Sarebbe peraltro erronea l'interpretazione che il primo giudice ha offerto dell'art. 8, comma 2, del d. lgs. 502/1992,

escludendo che nell'ambito dell'assistenza farmaceutica rientri anche l'erogazione, a carico del Servizio Sanitario Nazionale, dei presidi per diabetici dei quali si controverte.

18.7. L'art. 8, comma 2, del d. lgs. 502/1992, contrariamente a quanto ha ritenuto il primo giudice, fa infatti rientrare nel concetto di assistenza farmaceutica anche l'erogazione di prodotti non solo medicinali, ma anche di preparati galenici, prodotti dietetici e presidi medico-chirurgici e altri prodotti sanitari previsti dai livelli di assistenza e su presentazione di ricetta medica.

18.8. Sarebbe pertanto erronea la conclusione, raggiunta dal T.A.R. Campania, secondo cui l'art. 2, comma 3, del d.P.R. 371/1998, nel delegare alla contrattazione locale anche il recepimento di accordi aventi ad oggetto la distribuzione, tramite la rete farmaceutica, di siffatti prodotti, non godrebbe di copertura legislativa e dovrebbe, conseguentemente, essere disapplicato.

19. La censura deve essere accolta.

19.1. L'interpretazione del giudice campano, infatti, è frutto di una incompleta e fuorviante lettura delle norme in materia e, in particolare, dell'art. 8, comma 2, del d. lgs. 502/1992.

19.2. Il d.P.R. 8.7.1998, n. 371, *Regolamento recante norme concernenti l'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con le farmacie pubbliche e private*, prevede, nell'art. 2, comma 3, che “*saranno individuate attraverso gli accordi regionali previsti dal d. lgs. n. 502/1992, art. 8, comma 2, lettera c), modalità differenziate di erogazione delle*

prestazioni finalizzate al miglioramento dell'assistenza, definendo, con i rappresentanti della categoria, le relative condizioni economiche” e, in particolare, che le Regioni, nell’ambito degli accordi stipulati a livello locale, si avvalgono delle farmacie aperte al pubblico per “erogare ausili, presidi e prodotti dietetici, utilizzando in via prioritaria il canale distributivo delle farmacie a condizione che i costi e le qualità delle prestazioni rese al cittadino siano complessivamente competitivi con quelli delle strutture delle aziende U.S.L.”.

19.3. L’art. 8, comma 2, lett. c), del richiamato d. lgs. 502/1992, a sua volta, prevede che gli accordi collettivi nazionali possano demandare ad accordi di livello regionale *“la disciplina delle modalità di presentazione delle ricette e i tempi dei pagamenti dei corrispettivi nonché l’individuazione di modalità differenziate di erogazione delle prestazioni finalizzate al miglioramento dell’assistenza definendo le relative condizioni economiche anche in deroga a quanto previsto dalla precedente lettera b)”*.

19.4. Si deve qui rilevare che, contrariamente a quanto dedotto da De Rosa s.r.l. nel ricorso di prime cure (p. 10), l’art. 8, comma 2, lett. c), del d. lgs. 502/1992 è tuttora vigente anche in riferimento alla testé citata disposizione, essendosi limitato il d. lgs. 153/2009, nell’art. 2, comma 1, lett. b), a cancellare solo l’ultimo periodo della lett. c), nell’inciso *“e le modalità di collaborazione delle farmacie in programmi particolari nell’ambito delle attività di emergenza, di farmacovigilanza, di informazione e di educazione sanitaria”*.

19.5. Per comprendere correttamente il contenuto e i limiti di tali accordi regionali di cui all'art. 8, comma 2, lett. c), del d. lgs. 502/1992, che possono anche derogare a quanto previsto dalla lettera b), non può che farsi riferimento, dunque e anzitutto, a quanto previsto dalla medesima lett. b) dell'art. 8, comma 2, del d. lgs. 502/1992, il quale prevede che, per la dispensazione dei prodotti di cui alla lettera a), l'unità sanitaria locale corrisponde alla farmacia il prezzo del prodotto erogato, al netto della eventuale quota di partecipazione alla spesa dovuta dall'assistito.

19.6. E proprio la lettera a) del medesimo art. 8, comma 2, del d. lgs. 502/1992 prevede che *“le farmacie pubbliche e private erogano l'assistenza farmaceutica per conto delle unità sanitarie locali del territorio regionale dispensando, su presentazione della ricetta del medico, specialità medicinali, preparati galenici, prodotti dietetici, presidi medico-chirurgici e altri prodotti sanitari erogabili dal Servizio Sanitario Nazionale”*.

20. La ricostruzione di questo complesso panorama normativo, diversamente da quanto ha ritenuto il primo giudice, consente di affermare che oggetto degli accordi regionali ben possano essere, in virtù di una complessiva e sistematica lettura dell'art. 8, comma 2, del d. lgs. 502/1992, non solo i farmaci in senso stretto, ma tutti i presidi medico-chirurgici e gli altri prodotti sanitari che il Servizio Sanitario Nazionale eroga.

20.1. Questo può ricorrere, pertanto, alla distribuzione diretta, affidando la distribuzione dei presidi in parola ad un soggetto

economico che si aggiudichi un'apposita gara, o alla distribuzione indiretta, avvalendosi, in via prioritaria, del servizio farmaceutico mediante accordi su scala regionale.

20.2. L'art. 2, comma 3, del d.P.R. 371/1998, dunque, ha una precisa e chiara copertura legislativa nella previsione dell'art. 8, comma 2, lett. c), del d. lgs. 502/1992 ed esplica la sua efficacia *erga omnes*, in quanto fonte del diritto, con conseguente opponibilità delle sue prescrizioni anche nei confronti della De Rosa s.r.l., sicché deve affermarsi la piena legittimità degli accordi regionali che, in virtù di tali disposizioni, prevedano la distribuzione dei presidi per diabetici attraverso la rete farmaceutica.

21. Nemmeno è sostenibile per altro verso, come ha ritenuto il primo giudice, che questo sistema distributivo sia contrario alle regole dell'evidenza pubblica.

21.1. Questo Consiglio ha già avuto modo di affermare, con riferimento ad analoga fattispecie di erogazione di presidi per incontinenti, che non *“appar contrario alle regole dell'evidenza pubblica il meccanismo distributivo dei prodotti per incontinenti attuato attraverso il coinvolgimento delle farmacie, pubbliche e private, presenti sul territorio”* per la fondamentale ragione che *“le farmacie, distribuite in modo capillare sul territorio, sono parte del servizio sanitario nazionale (nei termini, Consiglio di Stato, V sez., 1.12.2006, n. 7075) e sono espressamente deputate ad erogare, oltre che i medicinali (in via esclusiva), anche i prodotti*

dietetici, i presidi medico-chirurgici e gli altri prodotti sanitari (art. 2 DPR 8 luglio 1998 n. 371)» (Cons. St., sez. V, 23.3.2009, n. 1735).

21.2. È erroneo del resto concepire la regola dell'evidenza pubblica in modo così assiomatico, come fa il primo giudice, il quale ha inteso ribadire il principio del ricorso alla gara, almeno ordinariamente, tutte le volte in cui le amministrazioni intendano ricorrere al mercato, senza considerare che l'evidenza pubblica è finalizzata a consentire la scelta del miglior contraente e, insieme, l'apertura del mercato alla massima concorrenza, non ad imporre un dogma dal quale l'Amministrazione non possa prescindere per oggettive ragioni connesse alla cura dell'interesse pubblico commessole.

21.3. Non tutti i settori dell'ordinamento, infatti, devono (o possono) essere contrattualizzati e aperti alla concorrenza per un malinteso senso dell'evidenza pubblica e non per tutti i settori dell'ordinamento si può ragionare in termini di gara e di trattativa privata, di *regula* ed *exceptio*, come pare aver inteso fare il primo giudice.

21.4. La regola dell'evidenza pubblica può e deve trovare applicazione in quei settori della vita economica nei quali l'apertura al mercato costituisca la scelta più efficiente per l'allocazione delle risorse scarse che l'Amministrazione mira a conseguire per l'assolvimento delle sue funzioni.

21.5. Non così accade sempre, tuttavia, e non così accade egualmente in tutti i settori della vita economica nei quali l'intervento dello Stato appare necessario o opportuno.

21.6. Se pure si voglia infatti riguardare la questione sotto il solo aspetto economico, prescindendo dai fondamentali profili di assistenza sanitaria connessi alla distribuzione dei presidi per i diabetici, la possibilità riconosciuta all'A.S.L., in alternativa all'affidamento del servizio ad un soggetto esterno mediante gara, di erogare tali prodotti attraverso le farmacie è espressamente riconosciuta dalla legge, tramite gli accordi regionali, non per sottrarre un ampio settore del mercato alla competizione economica, contravvenendo ai principi nazionali ed europei dell'evidenza pubblica vigenti in materia, ma al contrario per realizzare un risparmio economico per l'Amministrazione e una più efficiente allocazione dei prodotti stessi sul mercato.

21.7. Le farmacie, distribuite sul territorio nazionale, sono parte costitutiva del Servizio Sanitario Nazionale ed esso ben può, pertanto, ricorrere alla loro rete per la distribuzione dei presidi in favore dei diabetici.

22. L'art. 168, comma 7, del TUE prevede, del resto, che *“l'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura dei servizi sanitari e di assistenza medica: le responsabilità degli Stati membri includono*

la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate".

22.1. Lo stesso diritto dell'Unione, quindi, non concepisce il principio dell'evidenza pubblica come un dogma assoluto, che debba operare, sempre e comunque, senza considerare le esigenze del settore economico nel quale esso dovrebbe operare, mostrandosi al contrario rispettoso delle competenze spettanti ai singoli Stati membri nella definizione della loro politica sanitaria e nella fornitura dei servizi sanitari.

22.2. È quindi improprio invocare l'applicazione del diritto europeo in un ambito, come quello specificato, dove questo stesso diritto mostra di voler rispettare, per evidenti ragioni, le singole competenze nazionali in materia di fornitura dei servizi sanitari, quali indubbiamente sono i presidi per i diabetici.

23. E d'altro canto, ove si riconosca in premessa e "*a monte*", come fa il primo giudice (anche sulla scorta dell'invocato precedente di Cons. Giust. Amm., 21.7.2008, n. 668), la discrezionalità dell'Amministrazione nella scelta sulla tipologia di fornitura dei presidi (domiciliare, mediante ritiro, etc.), è del tutto illogico e contraddittorio negare la necessaria conclusione di tale scelta e, cioè, che il Servizio Sanitario Nazionale, *electa una via*, possa far fronte a tale incompressibile ed essenziale esigenza anche mediante il ritiro presso la più vicina farmacia e, quindi, servendosi di tale rete distributiva.

23.1. Ben rileva l'appellante, a questo proposito, che la sentenza appellata finisce, così ragionando, per comprimere illegittimamente la discrezionalità dell'Amministrazione nella scelta del sistema distributivo da adottare, nonostante abbia in premessa affermato, deve qui aggiungersi, la piena legittimità di tale scelta discrezionale.

24. Nessun danno, in termini economici, deriva poi da tale scelta né ai pazienti né agli operatori economici del settore, che vedono comunque distribuire capillarmente i loro prodotti.

24.1. Nell'art. 2 del Protocollo d'intesa, infatti, si legge chiaramente che Federfarma si obbliga ad assicurare al paziente la libera scelta di tutte le marche e tipo di dispositivi nonché a garantire, su richiesta del paziente, la consegna domiciliare effettuata dal personale della farmacia prescelta, senza ulteriori oneri a carico del Servizio Sanitario Nazionale.

25. Quanto al danno che De Rosa s.r.l., impresa operante nel settore della distribuzione domiciliare di presidi per diabetici, lamenta di risentire in conseguenza di tale scelta, esso appare recessivo di fronte ad un quadro normativo, come quello delineato, che facoltizza l'Amministrazione a servirsi della rete farmaceutica per distribuire i presidi.

25.1. La consegna domiciliare dei presidi, come ben osserva l'Amministrazione appellante, non rientra tra i livelli essenziali di assistenza, sicché non può nemmeno ritenersi che la scelta dell'Amministrazione di ricorrere all'assistenza indiretta, tramite il

servizio farmaceutico, vulneri, per mere ragioni economiche, l'incomprimibile sfera del diritto alla salute spettante ai pazienti diabetici.

25.2. Ciò è da escludersi del resto, anche sul piano fattuale, per il fatto che Federfarma si è comunque impegnata, ai sensi dell'art. 2 del citato Protocollo d'intesa, a garantire, su richiesta del paziente, la consegna domiciliare effettuata dal personale della farmacia prescelta, senza ulteriori oneri a carico del Servizio Sanitario Nazionale.

26. In conclusione, quindi, la scelta commissariale appare del tutto legittima e armonica rispetto al quadro normativo del settore, assicurando, da un lato, un'efficiente distribuzione dei presidi per i diabetici e, dall'altro, un consistente risparmio di spesa rispetto alla scelta, precedentemente adottata, di ricorrere all'assistenza diretta.

26.1. E tanto è confermato anche dalle numerose relazioni, versate in atti dalla Regione, circa la progressiva attuazione del progetto Sani.ARP per la distribuzione dei presidi per diabetici e, da ultimo, dalla relazione aggiornata del 30.9.2013, depositata il 2.10.2013, dalla quale si evince che, nonostante un significativo incremento dei nuovi pazienti (più di 39.025), il nuovo sistema ha consentito risparmi gestionali consistenti, poiché con il ritiro dei presidi da parte dei pazienti presso le farmacie, reso possibile dall'attuale sistema, si riduce significativamente il quantitativo di prodotto sulla base delle reali esigenze del paziente.

27. Dalle superiori considerazioni discende, quindi, che il primo e il secondo motivo di appello, intimamente connessi, devono essere accolti, con conseguente riforma della sentenza impugnata, restando invece assorbita ogni ulteriore statuizione circa gli altri tre motivi di appello, irrilevanti ai fini del decidere, perché relativi a questioni – l'applicazione della normativa dettata dalla l. 69/2009 e dal d. lgs. 153/2009, non richiamata dai provvedimenti impugnati; la disciplina prevista dalle altre Regioni in questa materia, che ha un valore meramente comparativo; il richiamo al decreto dell'assessore regionale della Sanità n. 832 del 27.11.2002, un mero inciso del tutto marginale nella motivazione dei provvedimenti contestati – che non assumono valenza decisiva nella presente controversia e sono superati dalle ben più radicali censure sopra accolte.

28. Devono qui invece essere sinteticamente esaminati, in quanto riproposti nella propria memoria di costituzione da De Rosa s.r.l. (pp. 9-14), i motivi del ricorso originario dichiarati assorbiti dal T.A.R. Campania.

Essi sono tutti infondati e vanno disattesi.

28.1. Quanto alla pretesa contraddittorietà della scelta di ricorrere alla rete farmaceutica rispetto a quella, precedentemente adottata, di ricorrere alla gara pubblica, di cui al punto III, essa non sussiste, pur ponendosi tale scelta certo nel segno della discontinuità nei confronti della politica sanitaria perseguita dalla Regione in

passato, in quanto la scelta commissariale è pienamente attuativa del Piano di rientro e del tutto legittima, alla luce del quadro normativo sopra delineato, permettendo di contenere il disavanzo creato anche dalle decisioni, non sempre ben oculate, della precedente gestione regionale, tra le quali vi è quella, presa di So.re.sa. s.p.a., di affidare la distribuzione del servizio tramite gara, come sembra potersi evincere dall'ipotesi di danno erariale configurata dalla Corte dei Conti a carico di Francesco Tancredi, direttore generale di So.re.sa. s.p.a., proprio in relazione a tale scelta (cfr. docc. 9 e 10 fasc. parte appellante).

28.2. Miglior sorte non arride nemmeno al motivo di cui al punto IV, con il quale si eccepisce la nullità del Protocollo d'intesa per la mancanza della firma dell'On. Caldoro, Commissario straordinario, dato che per la validità dell'accordo è ben sufficiente la firma appostavi dal Subcommissario, che ha la delega per il settore farmaceutico.

28.3. Anche il V motivo, con il quale è stata dedotta la violazione di tutti i principi in tema di formazione degli atti amministrativi e della loro efficacia, è palesemente infondato, poiché al Protocollo d'Intesa ha fatto seguito l'Accordo integrativo del 7.6.2012 ed entrambi, Protocollo ed Accordo, sono stati recepiti dal decreto del Commissario *ad acta* del 9.7.2012, pubblicato sul B.U.R.C. n. 47 del 30.7.2012 e a questo allegati per formarne parte integrante e sostanziale.

28.4. Va respinto anche il VI motivo, riproposto dall'appellata De Rosa s.r.l., con il quale essa ha dedotto il difetto di rappresentanza in capo al dott. Di Foggia, firmatario del Protocollo in nome e per conto di Assofarm.

Il motivo deve essere disatteso perché, come risulta dalla comunicazione del Presidente nazionale di Assofarm di cui alla nota prot. n. 5414 dell'1.12.2010 (doc. 8 fasc. I grado del Commissario *ad acta*), il dott. Di Foggia è il rappresentante Assofarm della Regione Campania.

28.5. È infondato anche il VII motivo, con il quale De Rosa s.r.l. ha censurato l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e la contraddittorietà con atti della stessa Amministrazione.

A smentire tale assunto sta il rilievo, infatti, che il 25.1.2012 la proposta dei farmacisti è stata inoltrata alla Regione Campania e, per essa, al Commissario Governativo per il ripiano della spesa giornaliera e So.re.sa. s.p.a., che è la società competente agli acquisti della Regione Campania, ha ritenuto favorevole la proposta dei farmacisti con nota prot. n. 136 del 28.3.2012, in esito alla quale vi è stata la sottoscrizione dell'accordo.

L'istruttoria, dunque, è stata piena e completa.

28.6. Per le ragioni esposte, sopra, in ordine al V motivo, deve essere rigettato l'VIII motivo per la nullità del Protocollo in ragione della violazione del principio di tassatività e di tipicità degli atti amministrativi, in quanto gli atti adottati sono rispettosi delle

forme e dei requisiti formali previsti dalla legge, considerando che sono stati recepiti con i decreti adottati dall'organo straordinario della Regione.

28.7. Anche il IX e il X motivo, riproposti da De Rosa s.r.l., sono infondati, in quanto l'eccepita incompetenza della Commissione farmaceutica, anche laddove in ipotesi sussistente, è del tutto irrilevante, in quanto la Commissione sarebbe stata chiamata ad intervenire con un parere definitivo, avente efficacia vincolante, solo laddove fosse sorto contrasto tra la proposta dei farmacisti e le valutazioni regionali, ai sensi dell'art. 11, lett. a), del d.P.R. 371/1998, per risolvere difformità interpretative circa l'applicazione dello stesso d.P.R., mentre ciò non è accaduto nel caso di specie.

Quanto alle funzioni di cui all'art. 11, lett. b), del d.P.R. 371/1998, le proposte della Commissione costituiscono meri atti di impulso o, al più, pareri non obbligatori né vincolanti.

Ogni censura relativa alla competenza e alla composizione di tale organo consultivo, quindi, appare irrilevante ed ultronea ai fini del decidere.

28.8. Deve essere respinto anche l'XI motivo, riproposto espressamente dall'appellata De Rosa s.r.l., la quale si duole della presunta nullità del Protocollo per l'assenza del legale rappresentante delle farmacie pubbliche.

Il rilievo è infondato, al di là della sua non decisività sul piano giuridico, perché le Associazioni Fiamclaf e Publifarm, rappresentative delle farmacie pubbliche, sono confluite nella Assofarm, firmataria del Protocollo impugnato.

28.9. Discende da queste considerazioni anche l'infondatezza dei motivi aggiunti I e II, pure riproposti, che non meritano accoglimento perché reiterano, anche in riferimento agli ulteriori atti impugnati, le erronee considerazioni, in fatto e in diritto, già sopra ampiamente disattese.

29. Ne segue, in conclusione, che l'appello della Regione Campania debba essere accolto, in integrale riforma dell'impugnata sentenza, con conseguente reiezione del ricorso, originario e per motivi aggiunti, proposto in prime cure da De Rosa s.r.l.

30. Ai sensi dell'art. 26 c.p.a. e dell'art. 92, comma secondo, c.p.c., le spese del doppio grado di giudizio, attesa l'estrema complessità interpretativa della materia trattata, devono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in integrale riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso, anche per motivi aggiunti, proposto in prime cure da De Rosa s.r.l.

Compensa interamente tra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/10/2013

IL SEGRETARIO

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