



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 6537 del 2012, proposto da:
Comune di Giugliano in Campania, rappresentato e difeso dagli avv. Felice
Laudadio, Giovanni Pianese, con domicilio eletto presso Felice Laudadio in Roma,
via Alessandro III N.6;

contro

Federfarma Napoli Associazione Sindacale dei Titolari di Farmacia della Provincia
di Napoli, rappresentato e difeso dagli avv. Antonello Caretti, Dario Alessandro
Ricciardi, con domicilio eletto presso Marcello Cardì in Roma, viale Bruno Buozzi
N.53;

nei confronti di

Federfar.Na Srl, in persona del legale rappresentante pro-tempore, e Dott.
Francesco Russo, rappresentati e difesi dagli avv. Dario Alessandro Ricciardi,
Antonello Caretti, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Marcello Cardì in
Roma, viale Bruno Buozzi N.53;

Regione Campania, in persona del Presidente pro-tempore;
Dott.ssa Ermelinda Moccia;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE V n. 02063/2012,
resa tra le parti, concernente bando di gara per l'individuazione dell'affidatario delle
sedi farmaceutiche comunali nn.23,24 e 25 della pianta organica

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Federfarma Napoli Associazione
Sindacale dei Titolari di Farmacia della Provincia di Napoli e di Federfar.Na Srl e
di Francesco Russo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2012 il Cons. Paola Alba
Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Laudadio, Caretti e Ricciardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al TAR Campania la “Federfarma Napoli”, Associazione sindacale dei
titolari di farmacia di Napoli e Provincia ed il Dott. Russo Francesco, titolare di
farmacia, impugnavano il bando della gara indetta, ai sensi dell’art. 23 bis del D.L.
25.6.2008, n.112, convertito nella l. 133/2008, dal Comune di Giugliano per
l’individuazione dell’affidatario delle tre sedi farmaceutiche della pianta organica
del Comune.

Con la sentenza appellata il TAR ha dichiarato improcedibile il ricorso per
sopravvenuta carenza di interesse, essendo stata abrogata con D.P.R. n. 113 del 18
luglio 2011 la norma di cui al citato art. 23 bis del D.L. 112/2008, e quindi essendo
venuta meno la lex generalis della procedura concorsuale.

Propone appello il Comune di Giugliano denunciando l'error in iudicando in relazione al D.P.R. 113 del 18.7.2011 e all'art. 75 Cost.; l'omesso esame di punti decisivi della controversia e la violazione dell'art. 112 c.p.c., l'irricevibilità del ricorso in primo grado proposto oltre i termini decadenziali e l'inammissibilità per mancata impugnazione di un atto presupposto, nonché per carenza di legittimazione processuale e di interesse.

Infine, denuncia l'errore in iudicando in relazione al D.L. 135 del 2009, sostenendo che l'art. 23 bis del D.L. 112/2008 escluderebbe il settore delle farmacie dalla normativa dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Resistono in giudizio la FEDERFARMA NAPOLI, la FEDERFAR.NA s.r.l.e il Dott. Francesco Russo.

All'udienza del 30 novembre 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.L'appello è infondato.

2.Pregiudizialmente, va rigettata l'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado, perché non sarebbe stato rispettato il termine dimezzato per l'impugnazione del bando, ex art. 119, comma 2, e 120, comma 3, c.p.a..

La gestione delle farmacie comunali da parte degli enti locali è collocata come modalità gestoria "in nome e per conto" del S.s.n., 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 diretto di un servizio pubblico, trattandosi di un'attività rivolta a fini sociali ai sensi dell'art. 112 d.lg. n. 267/2000. La procedura per l'individuazione dell'affidatario non riguarda perciò l'affidamento del servizio, la cui "concessione/autorizzazione rimane in capo al Comune", come precisa lo stesso disciplinare di gara.

Di conseguenza, trova applicazione il termine ordinario di impugnazione.

3. A prescindere dalle altre questioni preliminari, riproposte in appello (ad es. la contestazione del fatto che la procedura di gara fosse stata abbandonata dal Comune; l'omesso esame delle eccezioni pregiudiziali sollevate in primo grado con riguardo all'omessa impugnazione di atto presupposto, la legittimazione ad causam di FEDERFARMA, l'ammissibilità del ricorso collettivo) è assorbente il profilo trattato, in limine litis, dal primo giudice, ovvero quello concernente l'interesse al ricorso, venuto meno per effetto dell'abrogazione della lex generalis di gara, in forza della quale era stato adottato il bando, (la norma di cui all'art. 23 bis del D.P.R. 112/2008) e, conseguentemente, per effetto della nullità del bando, ex art. 21 septies della l. 241/1990, per "difetto assoluto di attribuzione".

4. Con il terzo motivo di appello, afferma la ricorrente che nell'affidare un servizio pubblico l'unica interpretazione conforme all'ordinamento comunitario è quella di ritenere inderogabile il rispetto del principio di concorrenza e l'assoggettamento alle regole di evidenza pubblica.

Il testo dell'art. 23 bis emendato, dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 325/2010, escluderebbe il settore delle farmacie unicamente dalla abrogazione implicita correlata alla prevalenza sulle "discipline di settore incompatibili" e non dalla regolamentazione ex art. 23 bis, derivandone come effetto naturale la coesistenza della disciplina di settore (art. 9 L. n. 475/1968) con quella di rilevanza generale e la facoltà di scelta del Comune tra l'una e l'altra.

La questione, invero, come prospettata dal ricorrente, è irrilevante sulla decisione, essendo inequivocabile che il Comune avesse esercitato la scelta nel senso di applicare le procedure di selezione dell'affidatario di farmacia di cui all'art. 23 bis e che l'abrogazione di tale norma con effetto dal 21 luglio 2011 abbia determinato la nullità del bando, come correttamente ritenuto dal TAR, con conseguente venir meno dell'oggetto dell'impugnazione.

5. In conclusione, l'appello va rigettato.

6. Le spese del grado di giudizio si compensano tra le parti, considerata la novità della questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/02/2013

IL SEGRETARIO

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