

Homo faber

(parte seconda)

In attesa della decisione della Corte di giustizia europea sulla prevalenza della professione farmaceutica sull'azienda organizzata in forma d'impresa per esercitarla nelle farmacie pianificate sul territorio (o, in denegata ipotesi, sul prevalere della impresa sulla professione) nella consolidata disciplina dell'ordinamento farmaceutico italiano, merita una riflessione una recente decisione del Giudice amministrativo che, nel decidere su di una gara per la scelta del partner privato in una società di gestione di farmacie comunali, ha scoperto l'*homo faber* (cfr *Punto Effe* dello scorso 29 gennaio): Tar Lazio, Roma, Sez. II bis, 18 dicembre 2008, n. 11697.

Il riferimento testuale vale ogni esegesi del *dictum*:

«Occorre evidenziare che l'attività di vendita al dettaglio al pubblico di farmaci (indipendentemente dal fatto che il costo sia o meno a carico del Servizio pubblico sanitario) costituisce un'attività economica commerciale di carattere imprenditoriale.

Ad essa devono pertanto applicarsi il principio di libertà d'iniziativa economica privata sancito dall'articolo 41 della Costituzione ed il principio di libera concorrenza sancito dal Trattato CE, restando la tutela del consumatore assorbita, alla stregua di un criterio di proporzionalità e di ragionevolezza, dalla presenza al banco di un farmacista».



Il Giudice amministrativo, nel decidere su di una gara per la scelta del partner privato in una società di gestione di farmacie comunali, ha scoperto la libertà economica dell'uomo come imprenditore

A CURA DELLO STUDIO DELL'AVVOCATO B. R. NICOLOSO
FIRENZE-ROMA

EFFICACIA ED ECONOMICITÀ

«Ne consegue che la limitazione numerica degli esercizi abilitati a vendere farmaci (fatta eccezione per la vendita di alcuni farmaci recentemente liberalizzata mediante le cosiddette parafarmacie) e la stessa possibilità di opzione esercitata nel caso in esame dal Comune interessato, possono essere ritenute legittime dal Collegio (e quindi non devono essere sottoposte in via incidentale alla Corte costituzionale ed alla Corte di giustizia), solo se e nella misura in cui assicurano una migliore tutela della pubblica salute, secondo le previsioni dell'articolo 32 della Costituzione e delle corrispondenti norme comunitarie. Ne consegue anche che la scelta del Comune di gestire la farmacia avvalendosi di una società mista, presuppone necessariamente la volontà di ottimizzare, alla stregua dei parametri costituzionali di buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione, l'efficacia ed eco-

nomicità dell'attività economico-commerciale, anche valorizzando la componente imprenditoriale apportata dal socio privato.

La precedente premessa, solo apparentemente astratta, ha in realtà due immediate rilevanti ricadute, discendone:

a) la piena legittimità, ed anzi la meritevolezza, di ogni proposta dei concorrenti che, utilizzando lo spazio lasciato dal bando alle eventuali "iniziative collaterali", introduca nuovi o più ampi servizi di tutela della salute della cittadinanza, valorizzando il profilo di interesse pubblico che giustifica la disciplina (e nel caso di specie anche la gestione) pubblicistica del servizio farmaceutico.

Ciò ad esempio accadrebbe, per l'evidente sinergia che si creerebbe con l'apertura dell'adiacente ambulatorio medico previsto dall'offerta del ricorrente, senza che ciò possa violare, osserva il Collegio, alcuna norma deontologica (trattandosi di attività libero-professionale medica non contingentata) e tanto meno penale (restando la relativa gestione, seppure in convenzione con la farmacia, nella esclusiva responsabilità del socio privato), salvo restando, naturalmente, l'obbligo del corretto esercizio della professione medica e di rispetto delle regole di concorrenza, sotto il duplice profilo della possibile indebita creazione di diritti speciali da parte del socio pubblico e del possibile indebito addebito dei costi al bilancio pubblico».

NO COMMENT

«È opportuno evidenziare, al riguardo, che modelli di questo tipo sono già conosciuti dal nostro Ordinamento, ad esempio con la c.d. intramoenia allargata, che abilita i medici ospedalieri ad operare sul territorio, per conto dell'Asl, in concorrenza con i privati, e che crea ben più gravi perplessità circa la possibile alterazione della concorrenza.

b) La piena legittimità ed anzi la meritevolezza di ogni proposta dei concorrenti (quale l'estensione dell'orario e dell'offerta, l'attenzione all'efficienza flessibilità e cortesia del servizio svolto al banco, le attività promozionali e la sinergia con altre attività e servizi-così come potrebbe accadere con l'ambulatorio medico...) volta a valorizzare la "performance" economica del servizio farmaceutico in esame. Infatti, anche in relazione alla figura giuridica prescelta (società mista, cioè soggetto economico imprenditoriale operante secondo le regole del diritto privato), i servizi sanitari offerti alla cittadinanza dalla nuova farmacia devono trovare copertura finanziaria nell'attività economico-commerciale di vendita, la quale, anche se è operante in un mercato contingentato quanto ai farmaci con prescrizione medica, comunque si deve svolgere in condizioni di piena e totale concorrenza con tutti gli altri operatori, pubblici e privati, presenti su quel mercato.

c) Al riguardo, giova altresì ricordare che il concorrente che sarà aggiudicatario, da un lato è espressamente esentato da ogni vincolo di subordinazione, mantenendo un'ampia autonomia, ad esempio quanto alla previsione di iniziative sinergiche, ma d'altro lato resta socio di minoranza e deve accettare senza riserve lo statuto societario allegato al bando, lasciando così al Comune la possibilità di verificare e garantire nel tempo la corretta gestione della farmacia».

No comment, se non per postulare il raffronto con l'equilibrio figurativo (e oltre) della formella di Andrea Pisano sull'arte medica apposta al Campanile di Giotto, in Santa Maria del Fiore, che non sembra avvalorare tale dictum.