



Ministero della Salute

DIPARTIMENTO DELLA PROGRAMMAZIONE, DEI DISPOSITIVI
MEDICI, DEL FARMACO E DELLE POLITICHE IN FAVORE DEL
SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE
DIREZIONE GENERALE DEI DISPOSITIVI MEDICI E DEL
FARMACO
Ufficio 2
Viale Giorgio Ribotta, 5 - 00144 Roma

FOFI
PEC: posta@pec.fofi.it

E, per conoscenza

Ufficio di Gabinetto
SEDE

Ufficio Legislativo
SEDE

Oggetto: Richiesta parere incompatibilità società comunali

Codesta Federazione chiede di conoscere l'orientamento di questa Amministrazione in merito *“all'applicabilità o meno delle incompatibilità relative alla gestione societaria delle farmacie previste dall'art. 8, comma 1, lett. b) della Legge n. 362/1991, e successive modificazioni, anche alle società di capitali partecipate totalmente dal Comune (in house) titolari di farmacia comunale.”*; più in particolare, si chiede di chiarire la portata del divieto di cumulo di attività in relazione alla società di capitali totalmente partecipata dal Comune (in house) titolare di farmacia comunale, qualora tale società eserciti, contestualmente, anche attività medica tramite una struttura sanitaria di cui pure è titolare.

Al riguardo, occorre prendere le mosse dalle principali norme che disciplinano la titolarità di farmacia e le incompatibilità nelle ipotesi in cui titolare di una farmacia privata sia una società di persone o di capitali.

L'art. 7 della legge 362/1991 e s.m.i. stabilisce che possono essere titolari dell'esercizio di farmacia privata le persone fisiche, in conformità alle disposizioni vigenti, le società di persone, le società di capitali e le società cooperative a responsabilità limitata.

Il medesimo articolo al comma 2 prevede, altresì, che *“Le società di cui al comma 1 hanno come oggetto esclusivo la gestione di una farmacia. La partecipazione alle società di cui al comma 1 è incompatibile con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione*

scientifica del farmaco, nonché con l'esercizio della professione medica. Alle società di cui al comma 1 si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 8."

Il citato articolo 8 chiarisce nel dettaglio che la partecipazione alle società titolari di farmacia previste all'articolo 7, salvo quanto previsto ai commi 9 e 10 di tale articolo, è incompatibile: nei casi di cui all'art.7, comma 2, secondo periodo; con la posizione di titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia; con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato.

Le richiamate disposizioni in tema di incompatibilità perseguono il preminente scopo di tutela della salute pubblica attraverso la minimizzazione del rischio connesso all'esercizio dell'attività di farmacia in posizione di conflitto di interessi.

Stante la rilevanza della *ratio* della norma, la giurisprudenza ha, ormai da tempo, ritenuto che *"(...) non si intravedono ragioni per le quali l'incompatibilità sancita dall'art. 8 lett. b) non debba estendersi anche alla partecipazione societaria ad una società che ha per oggetto esclusivo la gestione di una farmacia comunale, una volta che il diritto vivente è giunto ad ammettere tale modalità di gestione"* (Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2017, n. 474).

Ed invero, in base alla giurisprudenza costante, la gestione di una farmacia comunale può essere esercitata dall'ente, oltre che con le forme previste dal citato articolo 9 l. n. 475 del 1968, anche mediante società di capitali a partecipazione pubblica totalitaria (in house) o mista, ovvero può essere affidata in concessione a terzi previo espletamento di procedure di evidenza pubblica.

Premesso quanto sopra, occorre rilevare che la specifica questione in esame riguarda la particolare ipotesi in cui una farmacia comunale venga gestita da una società a totale partecipazione del Comune; il quesito, infatti, ha ad oggetto l'applicabilità delle disposizioni in materia di incompatibilità alle ipotesi in cui una farmacia comunale venga gestita tramite una società in house che allo stesso tempo è titolare di una struttura sanitaria.

Il dubbio sorge in quanto la recente giurisprudenza, nel definire l'ambito di applicazione delle disposizioni sulle incompatibilità sopra richiamate, ha affermato che la nozione di "esercizio della professione medica" di cui all'art. 7, comma 2, secondo periodo della legge 362/1991, deve essere interpretata in modo funzionale a garantire l'obiettivo di prevenire conflitti di interesse e pertanto si applica anche a una casa di cura (persona giuridica) che partecipa a una società titolare di farmacia, al fine di tutelare la salute: anche una persona giuridica, in particolare una clinica privata, può considerarsi esercitare, nei confronti dei propri assistiti, la professione medica ai fini della previsione di cui al citato articolo 7.

Viene chiesto, pertanto, con la nota che qui si riscontra, di conoscere l'avviso di questa Direzione generale in merito alla applicabilità della incompatibilità così come delineata dalla giurisprudenza anche alla ipotesi in cui una società a totale partecipazione del Comune gestisca una farmacia comunale e sia al contempo titolare di una casa di cura per il tramite della quale è esercitata l'attività medica.

In linea generale, giova evidenziare che le società in house costituiscono una figura ambivalente, a cavallo fra diritto privato e diritto amministrativo: per quanto riguarda la disciplina applicabile, essa è sempre stata oggetto di dibattito, dato che, da un lato, la forma è quella societaria e quindi richiederebbe la disciplina privatistica, dall'altro, la sostanza è pubblicistica e dunque richiamerebbe un regime di diritto amministrativo.

Le società in house, completamente partecipate dall'Ente in cui è totalmente assente la partecipazione di privati, si caratterizzano per il fatto che l'ente pubblico esercita un controllo sulla società che è simile a quello che eserciterebbe sui propri uffici interni.

Perché una società sia considerata in house, devono essere presenti contemporaneamente tre requisiti: il capitale sociale deve essere interamente detenuto da enti pubblici che forniscono servizi pubblici, e lo statuto deve vietare la cessione di azioni a privati; la società deve svolgere principalmente attività a favore degli enti partecipanti, con eventuali attività accessorie che non hanno un impatto significativo sul mercato; la gestione deve essere sottoposta a controlli statutari simili a quelli esercitati dagli enti pubblici sui propri uffici.

Questo controllo, detto controllo analogo, è così stringente da essere paragonabile a quello che l'ente esercita sui propri servizi interni.

Come chiarito dall'ANAC, il controllo analogo si realizza attraverso: il controllo sugli statuti, sul piano industriale, di sviluppo, di investimenti, sul piano occupazionale, sul budget economico e finanziario; l'indirizzo dell'attività della società in house verso il perseguimento dell'interesse pubblico; il controllo sulla gestione e sui risultati intermedi; l'esercizio di poteri ispettivi che comportano una diretta attività di vigilanza e controllo presso la sede e nei confronti dell'organo amministrativo della società in house.

Attraverso tale stretto controllo si realizza la cosiddetta internalizzazione: la pubblica amministrazione, cioè, si serve della società in house come ente strumentale, sotto il suo controllo, anziché rivolgersi ad imprese o società private.

Nel caso di specie, la natura e le caratteristiche della società in house, sopra sinteticamente riportate, generano dubbi sulla applicabilità *tout court* delle disposizioni in materia di incompatibilità previste dall'art. 7 della legge 362/1991 che la giurisprudenza ha esteso anche alle ipotesi di gestione di una farmacia comunale da parte di società miste o private.

Se da un lato, infatti la portata penetrante delle disposizioni che disciplinano le incompatibilità, che nasce dall'esigenza di garantire che l'esercizio di farmacia non sia condizionato per assicurare la migliore assistenza al paziente, porterebbe a ritenere che dette disposizioni si applicano in ogni caso in cui la gestione di farmacia sia affidata ad una persona giuridica, dando in tal modo prevalenza al dato formale, al fine di garantire l'unitarietà della disciplina del servizio farmaceutico e al contempo evitare qualunque potenziale conflitto di interessi, anche in coerenza con il rilievo dei

divieti in questione da sempre riconosciuto dalla giurisprudenza, dall'altro non può negarsi che la natura delle società in house consentirebbe di ritenere garantito l'obiettivo del mantenimento in capo al Comune delle proprie prerogative di Ente che persegue fini pubblicistici, attraverso la creazione di un soggetto solo formalmente privatistico, interamente controllato dal Comune.

Ed invero, le società in house in quanto proiezioni organizzative dell'Ente pubblico (una sorta di organo distaccato sul quale l'ente mantiene un controllo cd. analogo a quello esercitato sui propri uffici) operano nella stessa sfera funzionale di questo nel perseguimento di obiettivi di interesse generale sotto il vincolo pubblicistico di trasparenza, efficienza e imparzialità.

Nondimeno, nella fattispecie in esame è sicuramente di rilievo il dato formale della coesistenza in capo alla medesima società, sia pure in house, di due funzioni, quella dell'esercizio di farmacia e quella dell'esercizio della professione medica (nell'accezione definita dalla giurisprudenza), funzioni da sempre riconosciute dal nostro ordinamento come confliggenti e incompatibili per preminenti esigenze di tutela della salute pubblica.

Ad avviso dello scrivente, pertanto, fatti salvi eventuali ulteriori approfondimenti che potranno essere indotti dal consolidarsi di una giurisprudenza in materia, oggi assente sulla specifica questione, non è possibile offrire soluzioni all'insegna dell'automatismo nell'applicazione delle disposizioni sulle incompatibilità, dovendosi invece prediligere la ricerca in concreto, da parte dell'Amministrazione competente, di eventuali anfratti in cui situazioni di conflitto di interesse possano annidarsi, apparendo imprescindibile la valutazione del singolo caso che prenda le mosse da una attenta analisi degli statuti, dell'oggetto sociale (con particolare attenzione all'eventuale espletamento di attività accessorie) e delle modalità attraverso le quali si esplica il controllo analogo.

IL DIRIGENTE

*f.to Dott. Antonio Federici

*"firma autografa sostituita a mezzo stampa, ai sensi dell'art. 3, comma 2 del d.lgs n. 39/1993"

OB