

Pubblicato il 18/10/2024

**N. 08343/2024REG.PROV.COLL.
N. 00824/2024 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 824 del 2024, proposto da

- MOVIMENTO NAZIONALE LIBERI FARMACISTI, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Devito Vincenzo che ricorre anche in proprio;

- UNIONE NAZIONALE DEI FARMACISTI TITOLARI DI SOLA PARAFARMACIA – UNAFTISP, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Cancellotti Enrico, che ricorre anche in proprio;

- FEDERAZIONE NAZIONALE PARAFARMACIE ITALIANE (FNPI), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Gullotta Davide Giuseppe, che ricorre anche in proprio;

e dai signori:

- Carizi Cinzia Giulia, in proprio e n.q. di titolare della Parafarmacia

Carizi Dott. Cinzia;

- Vittori Vittorio, in proprio e n.q. di titolare della Parafarmacia Vittori Sas;

- Paci Francesca, in proprio e n.q. di titolare della Parafarmacia Big Farma della Dott.ssa Paci Francesca;

- Barocci Roberta, in proprio e n.q. di titolare della Parafarmacia Nevola di Barocci Roberta di Corinaldo;

Laguardia Rosaria, in proprio e n.q. di titolare della Parafarmacia Gocce di Salute;

- Valentini Jessica, in proprio e n.q. di titolare della Parafarmacia Salus Picena;

- Gargamelli Federica, in proprio e n.q. di titolare della Parafarmacia Myfarma di Pharma Gdm S.r.l.;

- Macchiarulo Felice, in proprio e n.q. di titolare della Parafarmacia La Bottega della Salute S.r.l.s.;

- Procaccini Paola, in proprio e n.q. di titolare della Parafarmacia La Margherita;

- Cattarozzi Melissa, in proprio e n.q. di titolare della Parafarmacia Lamelissa di Cattarozzi Melissa;

- Cancellotti Enrico, in proprio e n.q. di titolare della Parafarmacia Dott. Cancellotti;

tutti rappresentati e difesi dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Monte Zebio n. 9/11;

contro

- REGIONE MARCHE in persona del Presidente in carica,

rappresentato e difeso dall'Avv. Laura Simoncini

- AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

- FEDERFARMA – Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Luciani, Piermassimo Chirulli, Patrizio Ivo D'Andrea, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Massimo Luciani in Roma, via Antonio Musa, 12/A;

- FEDERFARMA MARCHE - Unione Regionale dei Titolari di Farmacia delle Marche, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Galvani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Salaria n. 95;

nei confronti

- Parafarmacia Dell'Edera, Parafarmacia al Redentore S.r.l., Parafarmacia Erboristeria Sanitaria Dott. Fiammengo, Parafarmacia Golfo Paradiso s.a.s., Farma Ds Natura S.r.l.s, Parafarmacia Dott. Veronese, Parafarmacia Dott. Sartirano, Parafarmacia Duce, Salutestore Parafarmacia Ortopedia Dott. Palumbo, Parafarmacia Dott. Rivetti Marco, Parafarmacia Erboristeria La Lavanda, Parafarmacia Cavallotto s.n.c., Parafarmacia Dott. Viglione s.a.s., Parafarmacia Dott.ssa Genni Tedeschi, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il

suo studio in Roma, via Monte Zebio n. 9/11;

- Parafarmacia Le Ferriere Sas, Parafarmacia del Borgo, Parafarmacia il Faro Benessere, Parafarmacia Foce, Erboristeria Parafarmacia Dott.Ssa Mora Roberta, Mgm Far, di Dott. Marco Olmi, P&P Profumi e Profumi S.r.l. (Parafarmacia Rossi), Parafarmacia del Golfo, Parafarmacia del Borgo, Parafarmacia il Girasole S.N.C, Parafarmacia Pharmatika S.a.s., Parafarmacia Cg, Parafarmacia Longo, Parafarmacia Dott.Ssa Iolanda Miliè, Parafarmacia “San G. Moscati” Dott.Ssa Strangio, Parafarmacia Giordano Dott.Ssa Sara Emilj, Althea Parafarmacia – Protor S.r.l., Parafarmacia Marra, Farmasanitaria Parafarmacia D.Ssa Cristodaro, Parafarmacia Natascia Artese, Parafarmacia New Pharma S.r.l., Parafarmacia Dott.Ssa G. Grande, Parafarmacia D'Angelo, Parafarmacia Da Vinci, Elisir Pharma S.r.l., Parafarmacia del Mare Dott.Ssa Mercuri, Parafarmacia Marconi S.r.l., Parafarmacia Arrighi Sas di Arrighi Maria, La Parafarmacia Colosimo Dott.Ssa Federica, Parafarmacia Dott.Ssa Ester Brunicella, Parafarmacia Chiappetta della Dott.Ssa Filomena Chiappetta, Parafarmacia Corso Alessandria, Parafarmacia Aurora, Parafarmacia Dott. Paolo Chiari, Pharmaesse di Nieddu Gianluigi Francesco, Parafarmacia Dott.Ssa Oberto, Parafarmacia Dott.Ssa Restivo, Parafarmacia Salus di Dott.Ssa De Angelis Daniela, Parafarmacia Sari S.n.c., Parafarmacia Foletto, Parafarmacia Obiettivo Salute S.n.c., Reviglio Maria Francesca e C. S.a.s., Parafarmacia Eden, Parafarmacia Alchemilla, Parafarmacia di Parodi Lauretta, Parafarmacia Biocosmesi, Parafarmacia Boticaria L'Alchimissa di Cubeddu Michela, Parafarmacia Farma Shop Snc di Trogu e Lamparelli, Parafarmacia Chessa Dott.Ssa Valentina, Parafarmacia Biopharm, Parafarmacie Isola

S.r.l., Fitofarma di Meloni Antonelli, Parafarmacia Ste.Mar. S.r.l., Parafarmacia in Herbis Salus della Dott.Ssa Bendin Luigina, Parafarmacia Healty Center Sas, Parafarmacia Dott.Ssa Biondaro Sas, Parafarmacia Farmaceuticamente Snc, Parafarmacia Pivetta di Pivetta Paola, Parafarmacia Opitergina Snc di Dott. Mariangela Giroto e Dott. Sheila Segat, Parafarmacia Paraphytofarmacia Sas di Brun Biancamaria, Parafarmacia Miranese di Grigolo Cleide, Parafarmacia Erboristeria Dott. Campesato G. Snc, Parafarmacia Dott.Ssa Katia Panfilo, Parafarmacia Farmaci e Salute, Parafarmacia L'Angolo della Salute, Parafarmacia Ventrella, Parafarmacia Dott.Ssa Bazzani Mara, Parafarmacia Dott.Ssa Gambin, Parafarmacia Herbaria di Franchini Francesca, Parafarmacia di Furlanetto S.r.l., Parafarmacia Zambon, Parafarmacia Dr.Ssa Trentin Roberta, Rea Pharma Snc, Parafarmacia Dott.Ssa Torsello Maria, Parafarmacia Dott.Ssa Raiola, Parafarmacia Lomeo e Paterno', Parafarmacia Dott.Ssa Dibenedetto, Parafarmacia Gallipoli, Parafarmacia Dott.Ssa Lovino, Parafarmacia La Prima, Parafarmacia Dott.Ssa Dipalma, Parafarmacia Panarelli, Parafarmacia Scacciapensieri S.r.l., Parafarmacia Giannotta Lucia, Parafarmacia Farmamica, Parafarmacia Lamedifarma La Mediterranee S.r.l., Parafarmacia Farmiva' S.n.c., Parafarmacia Alma Salus S.n.c., Parafarmacia D.Ssa Laura Bianchi, Parafarmacia Bionatur, Parafarmacia di Nossa – Carimb S.a.s., Parafarmacia Dott.Ssa Frosi Maria Clotilde S.r.l., Parafarmacia Levada, Parafarmacia Erbasan di Zambelli Nadia, Parafarmacia dei Servizi di Nebiosi e Botta S.n.c., Parafarmacia Natura Benessere, Carosso & Scioccati Snc, La Parafarmacia S.a.s. di Sterni & C., Parafarmacia Dott.Ssa Silvia Tameni, Parafarmacia Cavour Dott.Sse

Travanini Emma e Giulia S.n.c., Una Mela al Giorno di Vicentini Elisabetta, Parafarmacia Dott. Branca Matteo, Parafarmacia Dott.Ssa Acciardi, Parafarmacia Sefra S.r.l., Parafarmacia Picardi, Agenzia Regionale Sanitaria Ars Marche, non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Farmacista Nutrizionista Mulazzani Federico, Farmateca del Corso di Paola Pulina, Parafarmacia Quintessenza S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Monte Zebio n. 9/11;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 00374/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Federfarma Marche - Unione Regionale dei Titolari di Farmacia delle Marche e di Parafarmacia Golfo Paradiso S.a.s. e di Parafarmacia Dott. Rivetti Marco e di Parafarmacia Dott. Viglione S.a.s. e di Parafarmacia Duce e di Parafarmacia dell'Edera e di Parafarmacia Cavallotto S.n.c. e di Parafarmacia Dott. Sartirano e di Salustore Parafarmacia Ortopedia Dott. Palumbo e di Parafarmacia Erboristeria La Lavanda e di Parafarmacia Erboristeria Sanitaria Dott. Fiammengo e di Parafarmacia Dott. Veronese e di Parafarmacia al Redentore S.r.l. e di Parafarmacia Dott.Ssa Genni Tedeschi e di Farma Ds Natura S.r.l.s e di Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato

e di Federfarma – Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Regione Marche;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2024 il Cons. Sebastiano Zafarana e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Le persone fisiche che hanno proposto il presente giudizio sono tutti farmacisti titolari di parafarmacie ubicate nel territorio della regione Marche, i quali, per il tramite delle associazioni di categoria (fra cui le tre che ricorrono nel presente giudizio), hanno aderito all'accordo approvato con la D.G.R. n. 465/2021, avente ad oggetto "*Schema di accordo tra la Regione Marche ed esercizi commerciali ex art. 5, D.L. n. 223/2006, convertito con modificazioni dalla L. n. 248/2006 (c.d. Parafarmacie) per effettuare test rapidi basati sulla ricerca dell'antigene e i test diagnostici rapidi per la ricerca di anticorpi anti SARS-CoV-2*".

Infatti, in considerazione dell'andamento della curva pandemica e della necessità di implementare ulteriormente le misure di prevenzione, la Regione aveva inteso potenziare i servizi di *screening* e, a seguito dell'approvazione disposta con D.G.R. n. 465/2021, in data 22 aprile 2021 la Giunta Regionale sottoscriveva con le associazioni più rappresentative delle parafarmacie delle Marche il suddetto accordo per l'effettuazione presso i locali delle medesime parafarmacie di test rapidi

per la ricerca dell'antigene e i test diagnostici rapidi per la ricerca di anticorpi del virus SARS-CoV-2.

Senonché, nelle more dell'attuazione e della implementazione dell'accordo, Federfarma Marche, in data 26 aprile 2021, inviava formale diffida alla Giunta Regionale, chiedendo l'annullamento della D.G.R. n. 465/2021, di cui veniva assunta l'illegittimità per i seguenti profili:

- in primo luogo, perché sarebbe ostativo all'esecuzione di test rapidi presso le parafarmacie il disposto dell'art. 1, comma 418, della L. 30 dicembre 2020, n. 178, in cui si prevede che *“I test mirati a rilevare la presenza di anticorpi IgG e IgM e i tamponi antigenici rapidi per la rilevazione di antigene SARS-CoV-2 possono essere eseguiti anche presso le farmacie aperte al pubblico dotate di spazi idonei sotto il profilo igienico-sanitario e atti a garantire la tutela della riservatezza”*. Il legislatore avrebbe pertanto inteso riservare alle sole farmacie la possibilità di effettuare test mirati al monitoraggio del virus SARS-CoV-2;

- in secondo luogo, osterebbero all'effettuazione presso le parafarmacie dei suddetti test i principi di diritto affermati dalla Corte Costituzionale nella sentenza 21 marzo 2017 n. 66, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 2, della L.R. Piemonte 16 maggio 2016, n. 11, la quale abilitava gli esercizi commerciali (parafarmacie) ad eseguire *“..prestazioni analitiche di prima istanza..”* (a cui sarebbero ascrivibili, secondo Federfarma, i test oggetto del presente accordo), perché in conflitto con la legislazione statale che permetterebbe alle parafarmacie solo la vendita di talune ristrette categorie di medicinali;

- in terzo luogo, perché i principi stabiliti dal legislatore statale in relazione all'organizzazione del servizio farmaceutico avrebbero natura di principi fondamentali della materia della tutela della salute, che il legislatore regionale è tenuto a rispettare, in ossequio all'art. 117, comma 3, Cost.

L'Avvocatura regionale, nel parere prot. n. 0510423 del 3 maggio 2021, richiesto dal dirigente della P.F. Assistenza Farmaceutica A.R.S. Marche, facendo proprio quanto sostenuto da Federfarma, si è espressa in senso favorevole all'annullamento dell'accordo con le parafarmacie, ritenendo al riguardo irrilevante l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1634/2021 (la quale ha affermato “...*che il test da cui derivino effetti giuridici o sanitari di qualsiasi natura non può che essere effettuato direttamente da personale abilitato, nel quale - ad una prima deliberazione consentita dalla sede cautelare e ritenuto prevalente l'interesse ad un più ampio screening anti-covid della popolazione - va ricompreso il farmacista...*”), poiché la stessa riguarda solo la questione della “valenza” da riconoscere all'autodiagnosi svolta dal cittadino.

Pertanto la Regione Marche, poche settimane dopo aver adottato la deliberazione di Giunta Regionale che dava attuazione a tali accordi, con la D.G.R. n. 663/2021, ha annullato in autotutela la precedente D.G.R. n. 465/2021 (avente ad oggetto, per l'appunto: “*schema di accordo tra la Regione Marche ed esercizi commerciali ex art. 5, D.L. n. 223/2006, convertito con modificazioni dalla L. n. 248/2006 (c.d. Parafarmacie) per effettuare test rapidi basati sulla ricerca dell'antigene e i test diagnostici rapidi per la ricerca di anticorpi anti SARS-CoV2*”).

1.2. Con ricorso proposto dinnanzi al T.A.R. per le Marche e notificato

in data 16.07.2021 il Movimento Nazionale Liberi Farmacisti, l'Unione Nazionale dei Farmacisti Titolari di Sola Parafarmacia – UNAFTISP, la Federazione Nazionale Parafarmacie Italiane (FNPI), nonché numerosi titolari di c.d. parafarmacie ubicate nel territorio marchigiano hanno pertanto impugnato:

- la deliberazione di Giunta Regionale n. 663/2021 del 24/05/2021 avente ad oggetto l'annullamento in autotutela della precedente D.G.R. n. 465 del 19 aprile 2021 (concernente: *“schema di accordo tra la Regione Marche ed esercizi commerciali ex art. 5, D.L. n. 223/2006, convertito con modificazioni dalla L. n. 248/2006 (c.d. Parafarmacie) per effettuare test rapidi basati sulla ricerca dell'antigene e i test diagnostici rapidi per la ricerca di anticorpi anti SARS-CoV-2”*);

- nonché tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti (documento istruttorio, parere favorevole di cui all'articolo 16 bis della legge regionale 15 ottobre 2001 del Dirigente della Posizione di Funzione Assistenza Farmaceutica; attestazione dello stesso che dalla deliberazione non deriva, né può derivare, un impegno di spesa a carico della Regione; proposta del Direttore dell'Agenzia Regionale Sanitaria; *“verbale di seduta”*, allegato alla medesima deliberazione n. 663/2021).

I ricorrenti hanno chiesto l'annullamento degli atti gravati deducendo che l'annullamento in autotutela di cui alla deliberazione di Giunta Regionale n. 663/2021, sarebbe stato adottato erroneamente dalla Regione Marche, poiché si sarebbe dato «esclusivo rilievo» al luogo in cui vanno eseguiti i test antigenici di cui trattasi, anziché alla figura professionale del soggetto farmacista che, tanto nelle farmacie che nelle parafarmacie, è obbligato ad assistere gli utenti o ad effettuare l'analisi

in prima persona.

Hanno richiesto, altresì la condanna della Regione Marche al risarcimento dei danni *“patiti e patienti, sia in termini di danno patrimoniale, sia in termini di danno morale, professionale e di immagine”*, ai sensi degli artt. 7 e 30 del C.P.A., con riserva di quantificazione dei medesimi in corso di causa.

1.2. Si sono costituiti per resistere in giudizio la Regione Marche, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Federfarma (Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani) e Federfarma Marche (Unione Regionale dei Titolari di Farmacia delle Marche).

1.3. Sono inoltre intervenuti in giudizio *ad adiuvandum* numerosi titolari di parafarmacie.

1.4. Con ordinanza n.7/2022 il T.A.R. per le Marche ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità dell’art. 1, commi 418 e 419, della L. n. 178/2020, per contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost., nella parte in cui è riservata alle sole farmacie - e non anche alle parafarmacie - l’effettuazione dei test mirati a rilevare la presenza di anticorpi IgG e IgM e i tamponi antigenici rapidi per la rilevazione di antigene SARSCoV-2. Non ha ritenuto, invece, di investire della questione il giudice comunitario.

1.5. Successivamente, la Corte costituzionale con sentenza n.171/2022 dell’8 luglio 2022 ha dichiarato *“non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, commi 418 e 419, della legge 30 dicembre 2020, n. 178 (Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023), sollevate, in*

referimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione, dal Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche con l'ordinanza in epigrafe”.

1.6. Conseguentemente il Tar delle Marche con sentenza n. 374 del 21 giugno 2023: ha respinto la domanda impugnatoria proposta dai ricorrenti; ha invece accolto, in parte, la domanda risarcitoria, nei limiti indicati nella motivazione della sentenza.

2.1. Con atto notificato il 20 gennaio 2024 hanno proposto appello avverso la suddetta sentenza n.374/2023 soltanto alcuni dei ricorrenti in primo grado, come in epigrafe indicati.

La parte appellante censura la gravata sentenza laddove ritiene che le conclusioni cui è pervenuta la Corte Costituzionale con la pronuncia n. 171/2022 – da essa reputate non condivisibili - non siano idonee a travalicare nel caso in esame l'effettuazione del test di proporzionalità svolto dalla Corte di Giustizia Europea nella sentenza del 5.12.2013 (sentenza Venturini).

Sostiene, in sintesi, che la pronuncia della Corte Costituzionale, che ha ritenuto la ragionevolezza della misura di cui all'art. 1 commi 418 e 419 della L. 178/2020 in riferimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione, non risolverebbe l'incompatibilità tra la suddetta norma nazionale e le disposizioni del diritto comunitario, con particolare riferimento agli artt. 49 e 101 TFUE e ss. e 3 TUE, in materia di stabilimento, libero accesso al mercato e tutela della concorrenza, in quanto tale normativa non sarebbe stata sottoposta ad alcun test di proporzionalità.

In buona sostanza si afferma che la sentenza della Corte di Giustizia Europea richiamata comporterebbe, se interpretata adeguatamente, l'accoglimento del ricorso, con subordinata richiesta di rimessione alla

Corte di Giustizia Europea della questione pregiudiziale in relazione alla violazione della libertà di stabilimento di cui all'art. 49, 101 e 107 T.F.U.E. e 3 T.U.E.

Contesta poi l'erroneità della sentenza per l'omessa rilevazione, da parte del giudice di prime cure, della violazione delle norme in materia di procedimento amministrativo da parte della regione Marche, nonché l'erroneità della sentenza in relazione alla domanda risarcitoria, la quale è stata accolta dal T.A.R. soltanto parzialmente.

2.2. Con atto notificato il 19 marzo 2024 hanno spiegato intervento ad adiuvandum il Farmacista Nutrizionista Mulazzani Federico, la Farmateca del Corso di Paola Pulina, e la Parafarmacia Quintessenza S.r.l., chiedendo l'integrale accoglimento dell'appello.

2.3. La Regione Marche si è costituita in appello e con atto notificato il 12 marzo 2024 ha impugnato in via incidentale la sentenza del Tar delle Marche n. 374 del 21.06.2023 nella parte in cui ha ritenuto di accogliere, seppure parzialmente, le istanze risarcitorie della parte ricorrente.

2.4. Si è altresì costituita in giudizio l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato depositando atto di costituzione di mera forma non contenente difese scritte.

2.5. Alla pubblica udienza del 27 giugno 2024 l'appello è stato trattenuto in decisione.

3. Per comodità di immediato raffronto appare opportuno riportare per esteso la parte della sentenza impugnata con la quale il T.A.R. per le Marche ha rigettato la domanda impugnatoria, avendo il giudice di prime cure ritenuto di “doversi limitare ad evidenziare quanto segue”:

“5.1. Nell’ordinanza n. 7/2022 il Tribunale ha chiarito in modo

abbastanza puntuale (e comunque lo ribadisce in questa sede) che: i) la controversia per cui è causa, avuto riguardo all'origine dei provvedimenti adottati dal legislatore nazionale e dalla Regione, non è un'ordinaria controversia di diritto farmaceutico, venendo invece in rilievo una delle tante misure emergenziali finalizzate a contrastare la nota pandemia, per le quali gli Stati membri dell'U.E. sono stati lasciati liberi dalle istituzioni comunitarie di regolarsi come meglio hanno creduto; ii) la sentenza Venturini e altri della C.G.U.E. non può essere letta nel senso patrocinato dai ricorrenti (si rimanda all'ordinanza per la più dettagliata esposizione delle ragioni su cui il T.A.R. ha fondato il proprio convincimento).

L'avviso del Tribunale è stato peraltro confermato anche dalla sentenza della Corte Costituzionale, la quale non ha mancato di svolgere considerazioni anche relativamente ai principi affermati nella sentenza Venturini e altri (si veda il § 5.3.1. della sentenza n. 171 del 2022).

Per tali ragioni l'odierno Collegio ribadisce che la richiesta formulata da parte ricorrente a che il Tribunale disponga il rinvio pregiudiziale non può trovare accoglimento.

Ne consegue altresì l'infondatezza di tutte le censure che richiamano norme comunitarie e/o sentenze della Corte di Giustizia, in quanto non conferenti al caso in esame.

5.2. Per quanto concerne le altre censure, alla luce della sentenza della Corte Costituzionale anch'esse risultano infondate, visto che:- la D.G.R. n. 465/2021 era illegittima per violazione dell'art. 1, commi 418 e 419, della L. n. 178/2020;- l'annullamento della deliberazione è avvenuto dopo poche settimane dalla sua adozione, ossia ampiamente entro il

termine “ragionevole” fissato dall’art. 21-nonies della L. n. 241/1990;- quanto alla comparazione fra i contrapposti interessi (profilo sul quale il Tribunale aveva fondato l’ordinanza di rimessione), la Corte Costituzionale ha ritenuto prevalente l’interesse pubblico a che le prestazioni sanitarie in parola siano eseguite presso le farmacie (si vedano al riguardo, in particolare, i §§ 5.2.4. e 5.2.5. della motivazione della sentenza n. 171 del 2022). Tutto ciò conduce anche al rigetto del motivo con cui si deduceva la violazione degli artt. 7 e ss. della L. n. 241/1990, visto che la partecipazione dei ricorrenti al procedimento non avrebbe condotto ad un esito diverso, stante il contrasto oggettivo della D.G.R. n. 465/2021 con l’art. 1, commi 418 e 419, della L. n. 178/2020. Tali profili erano stati peraltro già trattati anche nell’ordinanza n. 7/2022. La domanda impugnatoria va quindi respinta”.

4. Con il motivo di ricorso (proposto “in via preliminare”) parte appellante, dopo aver premesso che il T.A.R. per le Marche ha erroneamente respinto il ricorso “*adagiandosi sulle considerazioni (anche laddove non condivisibili e comunque non esaurienti del thema decidendum) espresse dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 171/2022*” finisce in buona sostanza per censurare le conclusioni (implicitamente richiamate in sentenza) cui è pervenuto il Giudice delle Leggi, le quali non sarebbero a suo avviso condivisibili relativamente alla prestazione consistente nell’effettuazione dei test antigenici rapidi di cui all’art. 1, commi 418 e 419 della Legge 30 dicembre 2020, n. 178, e non sarebbero in ogni caso idonee a travalicare, nella fattispecie in esame, l’effettuazione del test di proporzionalità svolto dalla Corte di Giustizia nella sentenza Venturini.

Deduce, in particolare, che il criterio di giudizio impiegato dalla Corte costituzionale, incentrato sulla ragionevolezza della misura e circoscritto dall'invalicabile limite della discrezionalità del legislatore, è ben diverso da quello impiegato, ex multis nella sentenza Venturini, dalla Corte di Giustizia, la quale, invece, operando una valutazione in concreto della misura legislativa, la sottopone ad uno stringente test di proporzionalità, articolato in un quadruplice accertamento.

Pertanto, a suo avviso, la pronuncia della Corte costituzionale non risolverebbe in alcun modo l'incompatibilità tra l'art. 1, commi 418 e 419 della Legge 30 dicembre 2020, n. 178, e le disposizioni del diritto eurounitario, tra cui in particolare l'art. 49 TFUE, 101 e ss. TFUE e 3 TUE; in detta prospettiva, la sentenza Venturini, *“contrariamente a quanto in modo del tutto apodittico riferito dalla Corte costituzionale e dalla sentenza gravata”*, non escluderebbe affatto che l'art. 1, commi 418 e 419 della Legge 30 dicembre 2020, n. 178, sia contrastante con il diritto dell'Unione e, in particolare, con gli artt. 49 TFUE, 101 e ss. TFUE, 3 TUE e con i principi di libera concorrenza, libertà di stabilimento, libero accesso al mercato e non discriminazione; né ciò sarebbe escluso dalla sentenza della Corte costituzionale, in quanto tale normativa non è stata sottoposta ad alcun test di proporzionalità, come invece richiederebbe la giurisprudenza della CGUE, esemplarmente espressa dalla sentenza Venturini.

Sostiene che nel caso in esame, relativo all'effettuazione di tamponi da rendere quanto più diffusa possibile in funzione di prevenzione anti Covid-19, la sentenza Venturini sarebbe pienamente in linea con i motivi di ricorso, con i quali l'appellante ha sostenuto che la presenza di un

farmacista in tutte le parafarmacie, con conseguente garanzia della qualità del servizio, favorisce la diffusione dei test stessi per contrastare più efficacemente la pandemia (e tanto ciò sarebbe vero, nella prospettazione dell'appellante, che i tamponi sono stati disposti dalle autorità sanitarie anche in luoghi estemporanei, proprio per massimizzare, estendendolo quanto più possibile nel territorio nazionale, il contrasto al rischio di contagio). In definitiva, conclude l'appellante, l'applicazione dei principi e dei criteri indicati dalla sentenza Venturini, in sé e per sé, comporterebbero l'accoglimento del ricorso, risultando evidente il travisamento in cui sarebbero incorsi la Corte costituzionale prima e il T.A.R. per le Marche poi, che nel citare un precedente tanto importante non si sarebbero avveduti che la sua puntuale applicazione conduceva all'esito opposto.

4.1. Il motivo di appello è infondato.

La Corte Costituzionale, infatti, con la sentenza n. 171 del 2022 richiamata a fondamento della sentenza impugnata, ha in realtà compiutamente affrontato le specifiche tematiche sollevate da parte appellante (e riprodotte nell'ordinanza del TAR per le Marche di rimessione alla Corte), osservando come “... *la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha ripetutamente sostenuto che esigenze di tutela della salute consentono agli Stati membri di disporre restrizioni alla libertà di stabilimento e alla tutela della concorrenza, sempre che assicurino la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vadano oltre a quanto è necessario per raggiungerlo*”.

La Corte costituzionale ha al riguardo sottolineato che proprio con l'invocata sentenza Venturini, “*la Corte di giustizia – chiamata a*

rispondere a questione pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, sulla normativa italiana che impedisce alle cosiddette parafarmacie la possibilità di vendere i medicinali di fascia C soggetti a prescrizione medica – ha osservato, tra l'altro, che l'importanza di tutelare la salute, idonea a giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento, «è confermata dagli articoli 168, paragrafo 1, TFUE e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in virtù dei quali, in particolare, nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana» (paragrafo 41); che «l'apertura di farmacie sul territorio italiano è oggetto di un regime di pianificazione» (paragrafo 45), il quale «può rivelarsi indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle prestazioni sanitarie e per evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia garantita un'assistenza medica adeguata alle necessità della popolazione, che copra tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate» (paragrafo 47); che, infine, e soprattutto, «secondo giurisprudenza costante della Corte, in sede di valutazione dell'osservanza del principio di proporzionalità nell'ambito della sanità pubblica, occorre tenere conto del fatto che lo Stato membro può decidere il livello al quale intende garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui questo livello deve essere raggiunto. Poiché tale livello può variare da uno Stato membro all'altro, si deve riconoscere agli Stati membri un margine di discrezionalità» (paragrafo 59). Si trattava, peraltro, di affermazioni che la Corte di Lussemburgo aveva ripetutamente compiuto nella propria giurisprudenza (tra le tante,

grande sezione, sentenza 1° giugno 2010, nelle cause riunite C-570/07 e C571/07, Blanco Pérez e Chao Gómez; grande sezione, sentenza 19 maggio 2009, nelle cause riunite C-171/07 e C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes e altri; grande sezione, sentenza 19 maggio 2009, in causa C-531/06, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana; sentenza 11 settembre 2008, in causa C-141/07, delle Comunità europee contro Repubblica federale tedesca; grande sezione, sentenza 10 marzo 2009, in causa C-169/07, Hartlauer Handelsgesellschaft mbH) e che sono state reiterate anche in pronunce successive (si vedano, ad esempio, le sentenze della terza sezione, 1° ottobre 2020, in causa C-649/18, 33 C.D.S – N. 824/2024 R.R. A e altri; 1° marzo 2018, in causa C-297/16, Colegiul Medicilor Veterinari din România (CMVRO); e della quarta sezione, 13 febbraio 2014, in causa C-367/12, Sokoll-Seebacher).” (cfr. sent. citata, punto 5.3.1)”.

Alla luce di quanto precede l’invocato test di proporzionalità della normativa nazionale con i principi comunitari di libera concorrenza, libertà di stabilimento, libero accesso al mercato e non discriminazione si rivela inconferente rispetto alla fattispecie in esame dovendosi considerare che le parafarmacie “sono esercizi commerciali” mentre le farmacie erogano l’assistenza farmaceutica e svolgono un “servizio di pubblico interesse” preordinato a garantire la tutela della salute.

Le farmacie, infatti, rientrano nell’organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale e sono dislocate su tutto il territorio in modo capillare e uniforme “volto ad «assicurare l’ordinata copertura di tutto il territorio nazionale al fine di agevolare la maggiore tutela della salute dei cittadini» (sentenza n. 4 del 1996)”; ed in virtù della capillarità della loro

presenza, l'attività svolta dalle farmacie non è più ristretta alla distribuzione di farmaci o di prodotti sanitari, ma si estende alla prestazione di servizi, essi pure funzionali alla migliore tutela della salute dei cittadini.

È stato affermato dalla Corte che le disposizioni censurate (art. 1, commi 418 e 419, l. 30 dicembre 2020, n. 178 per violazione degli artt. 3 e 41 Cost.), nella parte in cui consentono alle sole farmacie, e non anche alle cosiddette parafarmacie, l'effettuazione dei «test mirati a rilevare la presenza di anticorpi IgG e IgM e dei tamponi antigenici rapidi per la rilevazione di antigene SARS-CoV-2» sono parte della complessa e articolata reazione che lo Stato ha posto in essere per fronteggiare la diffusione del COVID-19 e tutelare la salute della collettività.

La Corte ha rilevato che il quadro normativo impedisce di affermare che si sia dinanzi alla esistenza di una identità di situazioni giuridiche, rispetto alle quali la disciplina impugnata determini una disparità di trattamento normativo rilevante agli effetti dell'art. 3 Cost.: l'esistenza di elementi comuni a farmacie e parafarmacie — e, nel caso di specie, la presenza di farmacisti abilitati presso entrambe — non è tale da mettere in dubbio che fra i due esercizi permangano una serie di significative differenze, tali da rendere la scelta del legislatore non censurabile in termini di ragionevolezza e di violazione del principio di uguaglianza. Infatti, la differenziazione di sistema, sotto i profili del regime e della posizione rivestita, rispettivamente nell'ambito del SSN e sul mercato, da farmacie e cosiddette parafarmacie, consente già di escludere che le disposizioni censurate trattino diversamente situazioni eguali. La scelta discrezionale del legislatore si fonda, essenzialmente, sull'inserimento

delle farmacie nell'organizzazione del servizio sanitario nazionale, che già consente loro di condividere con le autorità sanitarie procedure amministrative finalizzate a fronteggiare situazioni ordinarie ed emergenziali, anche mediante il trattamento di dati sensibili in condizioni di sicurezza.

A orientare la decisione legislativa non è stata, dunque, la figura professionale del farmacista — né la cosiddetta riserva di farmacia, relativa più propriamente alla vendita di determinati farmaci — ma la valutazione che la limitazione alle sole farmacie della possibilità di effettuare i test in questione fosse funzionale a un più efficace monitoraggio della circolazione del virus SARS-CoV-2 e, pertanto, a garantire una migliore tutela della salute pubblica su tutto il territorio della Repubblica. La non irragionevolezza delle norme censurate vale altresì a escludere la violazione dell'art. 41 Cost., atteso che, in tema di restrizioni della libertà di iniziativa economica privata, il limite insuperabile deve essere individuato nell'arbitrarietà e nell'incongruenza — e quindi nell'irragionevolezza — delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale.

In definitiva, a ben vedere, la questione è esattamente sovrapponibile a quella già decisa dalla CGUE nella sopra citata sentenza Venturini con conseguente infondatezza delle censure proposte.

5. Con il motivo di appello indicato al punto sub 1 del ricorso, parte appellante censura la sentenza gravata perché affetta dai vizi di motivazione apparente, carente o, comunque, contraddittoria, laddove il giudice di prime cure ha ritenuto di respingere la domanda impugnatoria assumendo che *“la sentenza Venturini non può essere letta nel senso*

patrocinato dai ricorrenti” rinviando alle argomentazioni più diffusamente svolte sul punto nell’ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale emessa dallo stesso T.A.R..

L’appellante deduce per un verso la contraddizione di tale assunto con quanto affermato nell’ordinanza cautelare di questo Consiglio n. 5163/2021.

Deduce, per altro verso, che la sentenza Venturini avrebbe dovuto essere letta tenendo conto della peculiarità del caso in esame, laddove la questione controversa non è quella di ampliare la platea dei soggetti abilitati a vendere determinati farmaci, ma quella di effettuare tamponi per la prevenzione del contagio, sicché *“l’obiettivo del Legislatore era quello di effettuarli nella misura più ampia possibile e non in una misura riservata, come tale limitata”*.

Tale obiettivo – alla cui verifica sarebbe in tesi funzionale il test di proporzionalità - non sarebbe stato colto dal Tar delle Marche né dal Giudice di legittimità: mentre, infatti, *“nel caso Venturini si trattava di garantire la qualità del servizio, qui, invece, la quantità, che non è nemica della qualità, poiché reso da farmacisti e quindi da personale qualificato ed abilitato, atteso che, come noto, le parafarmacie sono gestite da farmacisti abilitati ed iscritti all’Ordine dei Farmacisti”*.

In tale ottica si imporrebbe la disapplicazione dell’art. 1 commi 418 e 419 della L. 30 dicembre 2020, n. 178, in quanto contrastanti con il diritto dell’Unione Europea artt. 49 e 101 TFUE e 3 TUE.

5.1. Il motivo è infondato.

Quanto alla presunta contraddittorietà con l’ordinanza cautelare n. 5163/2021 di questo Consiglio è sufficiente rilevare come la Sezione - in

considerazione della complessità delle questioni di principio rilevanti nella presente controversia – ne abbia ritenuto necessario l'approfondimento nella opportuna sede di merito attraverso la sollecita trattazione del merito dinanzi al T.A.R., ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a., limitandosi a suggerire come una mera eventualità – come tale rimessa alla autonoma valutazione del giudice di prime cure - la sottoposizione alla Corte di Giustizia UE della questione interpretativa prospettata dagli appellanti.

Quanto invece all'interesse pubblico in tesi perseguito dal legislatore – che dovrebbe condurre a un esito favorevole del test di proporzionalità nel senso voluto dagli appellanti – va rilevato che la massimizzazione del numero di tamponi per prevenire il contagio è un obiettivo che non può essere disancorato da quello più generale della protezione della salute dei cittadini, il quale può essere garantito soltanto da un sistema di prevenzione e controllo di qualità, *a fortiori* indispensabile alla profilassi nell'emergenza epidemiologica, quale quello costituito dalla rete delle farmacie integrate nel SSN che svolgono un servizio di pubblico interesse.

La legge impone alla farmacia specifici oneri, che non gravano su altri soggetti, proprio per garantire affidabili standard di qualità e la capillarità dell'assistenza farmaceutica in ogni contesto geografico (cfr. Corte costituzionale sent. n. 216 del 2014; Cons. Stato, Comm. Spec. ad. 22 dicembre 2017 che hanno riconosciuto la peculiarità della farmacia). Peraltro nella fattispecie in discussione si tratta dell'erogazione di un servizio di natura assistenziale, le cui regole di organizzazione e di espletamento sono ricomprese non solo nel novero dei principi

fondamentali in materia di tutela della salute, ma anche coessenziali al disegno di contrasto alla crisi pandemica di competenza esclusiva dello Stato.

Rientra pertanto pienamente nella discrezionalità del legislatore nazionale individuare per l'erogazione di simili prestazioni sedi e presidi costituenti articolazioni del servizio sanitario pubblico.

Avvalersi delle farmacie ai fini del servizio di cui trattasi non contrasta con le pronunce del giudice comunitario che ha reiteratamente riconosciuto la piena facoltà per una normativa nazionale di garantire, nell'ambito della sanità pubblica, qualora si ravvisino incertezze nella esistenza di un rischio per la salute delle persone, misure di protezione proporzionate al raggiungimento dell'obiettivo di tutela perseguito.

Conclusivamente il motivo è infondato.

6. Con il motivo di cui al punto sub 2) del ricorso, la parte appellante ha richiesto, nella subordinata ipotesi in cui questo giudice d'appello ritenesse di non dovere procedere direttamente alla disapplicazione della normativa nazionale per contrarietà alle norme comunitarie sopra indicate, che sia rimessa alla Corte di Giustizia Europea la questione pregiudiziale ex art. 267 T.F.U.E. (ritenuta infondata dal giudice di prime cure) affinché essa si pronunci con riferimento al principio di non discriminazione in materia di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE.

La ragione della richiesta risiederebbe, secondo la prospettazione dell'appellante, nella diversa natura della questione qui in esame rispetto a quella che fonda il giudizio espresso nella sentenza Venturini; nel caso già scrutinato dalla Corte UE l'interesse pubblico sotteso alla preclusione, per le parafarmacie, alla vendita dei farmaci di fascia C è

stato ravvisato nel rischio connesso alla fornitura di medicinali sicura e di qualità a tutta la popolazione; invece nella fattispecie in esame l'interesse pubblico, ad avviso di parte appellante, andrebbe ravvisato nel perseguimento di una maggiore diffusione e disponibilità dei tamponi anti Covid.

6.1. Il motivo è infondato.

Si è infatti sopra rilevato che l'interesse pubblico che è alla base della riserva, in favore delle farmacie, all'effettuazione di test anti Covid si identifica con la tutela della salute pubblica, trattandosi di prestazione sanitaria ed avendo la Corte Costituzionale – con condivisibile motivazione - ritenuto prevalente l'interesse pubblico a che le prestazioni sanitarie in parola siano eseguite presso le farmacie.

Sul punto la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha ripetutamente sostenuto che esigenze di tutela della salute consentono agli Stati membri di disporre restrizioni alla libertà di stabilimento e alla tutela della concorrenza, sempre che assicurino la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vadano oltre a quanto è necessario per raggiungerlo, laddove il limite insuperabile è stato individuato «nell'arbitrarietà e nell'incongruenza - e quindi nell'irragionevolezza - delle misure restrittive adottate per assicurare l'utilità sociale. Nel caso in esame la Corte costituzionale ha escluso che si verta in tale ipotesi, avendo al contrario riconosciuto la ragionevolezza della scelta compiuta dal legislatore nel quadro dei principi sopra delineato.

Ne consegue pertanto l'infondatezza della questione pregiudiziale postulata da parte appellante.

7. Con il motivo di cui al punto sub 3) del ricorso, parte appellante

richiede, in ulteriore subordine, che sia disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea ai sensi dell'art. 267 TFUE con riferimento ai principi della parità di trattamento, trasparenza e concorrenza di cui agli artt. 101 e 107 del TFUE e 3 del TUE e all'allegato Protocollo n. 27.

Sarebbe evidente, infatti, sotto tale profilo, che l'esclusione delle parafarmacie dal circuito di erogazione delle prestazioni di cui all'art. 1, commi 418 e 419 della Legge 30 dicembre 2020, n. 178, determini non solo una violazione della libertà di stabilimento nei termini sopra osservati, ma anche del meccanismo concorrenziale e dell'obiettivo dell'Unione di instaurazione di un mercato interno, "basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva" (art. 3 TUE).

7.1. Il motivo è infondato per le medesime ragioni esposte con riferimento al precedente punto.

Parte appellante, peraltro, a fondamento della propria richiesta di rinvio pregiudiziale, richiama alcuni provvedimenti dell'AGCM in realtà del tutto inconferenti (in materia di prenotazioni CUP; in materia di dispositivi medici, prodotti per diabetici e alimenti per fini medici specifici) e comunque adottati dall'Autorità nell'ambito dell'attività di segnalazione e consultiva che non hanno alcun valore precettivo.

In realtà va ancora qui ribadito che nell'ordinamento comunitario i diritti riconosciuti come fondamentali, tra i quali rientra anche l'iniziativa economica privata, possono essere limitati per ragioni di interesse pubblico generale corrispondente all'utilità sociale oltre che alla protezione di valori primari attinenti alla persona umana. Nel caso in

esame, l'interesse pubblico perseguito dalle norme nazionali non può che essere identificato con la tutela della salute venendo in rilievo prestazioni sanitarie rispetto alle quali le disposizioni censurate – che consentono solo alle farmacie, e non anche alle parafarmacie, l'effettuazione dei test ivi previsti – costituiscono espressione della complessa e articolata reazione che lo Stato ha posto in essere per fronteggiare la diffusione del Covid-19 e tutelare la salute della collettività, essendo le farmacie inserite nell'organizzazione del servizio sanitario nazionale, che già consente loro di condividere con le autorità sanitarie procedure amministrative finalizzate a fronteggiare situazioni ordinarie ed emergenziali, anche mediante il trattamento di dati sensibili in condizioni di sicurezza.

8. Con il motivo di appello sub 4) parte appellante deduce l'erroneità della sentenza gravata nella parte in cui il giudice di prime cure, facendo anche riferimento alla pronuncia della Corte Costituzionale n.171/2022 , ha ritenuto illegittima la D.G.R n. 465/2001 (avente ad oggetto: *“schema di accordo tra la Regione Marche ed esercizi commerciali ex art. 5, D.L. n. 223/2006, convertito con modificazioni dalla L. n. 248/2006 (c.d. Parafarmacie) per effettuare test rapidi basati sulla ricerca dell'antigene e i test diagnostici rapidi per la ricerca di anticorpi anti SARS-CoV2”*), poi annullata in autotutela dalla Regione, con la D.G.R. n. 663/2021.

Insiste, l'appellante, a sostenere la conformità della D.G.R n. 465/2001 al diritto dell'Unione Europea ed ai principi della libertà di stabilimento, di tutela della concorrenza e di libero accesso al mercato, e come il giudice di prime cure avrebbe dovuto disapplicare la norma nazionale

ritenendo pertanto illegittima la D.G.R. n.663/2021 di annullamento in autotutela.

Deduce inoltre l'illegittimità della sentenza del T.A.R. per le Marche per la omessa rilevazione della violazione di cui all'art. 7 e ss. della L. 241/1990, non avendo la Regione dato comunicazione dell'avvio del procedimento di annullamento in autotutela impedendo alle associazioni sottoscrittrici dell'accordo di partecipare al contraddittorio.

8.1. Le censure proposte sono infondate.

Il giudice di prime cure ha correttamente ritenuto la D.G.R. n. 465/2021 illegittima per violazione dell'art. 1, commi 418 e 419, della L. n. 178/2020, *a fortiori* alla luce del pronunciamento della Corte Costituzionale sul punto; per il resto, questo Collegio ha già compiutamente argomentato circa la non contrarietà della norma nazionale con il diritto dell'Unione Europea.

Ne consegue, altresì, la correttezza della statuizione con cui il giudice di prime cure ha rigettato anche il motivo con cui i ricorrenti hanno dedotto la violazione degli artt. 7 e ss. della L. n. 241/1990, dando atto “... *che la partecipazione dei ricorrenti al procedimento non avrebbe condotto ad un esito diverso, stante il contrasto oggettivo della D.G.R. n. 465/2021 con l'art. 1, commi 418 e 419, della L. n. 178/2020*”.

9. Con il motivo di ricorso sub 5) parte appellante lamenta l'erroneità e l'ingiustizia del pronunciamento del primo giudice per aver (parzialmente) respinto la domanda risarcitoria per come postulata dai ricorrenti sul presupposto dell'illegittimità dei provvedimenti gravati.

Il T.A.R. per le Marche ha infatti accolto soltanto parzialmente la domanda risarcitoria ritenendo sussistente un danno ingiusto da

provvedimento legittimo e liquidando il danno ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c. nei soli limiti dell'interesse negativo (danno emergente).

Sostengono nuovamente i ricorrenti la tesi della illegittimità del provvedimento regionale adottato in autotutela alla luce dei superiori motivi di impugnazione: da tale considerazione fanno discendere il loro diritto a vedersi risarciti tutti i danni patiti e patiendi e non solo di quelli accordati con l'impugnata sentenza, sussistendo tutti i presupposti della responsabilità risarcitoria.

9.1. Il motivo è infondato

Sul punto non può che rinviarsi a quanto già ampiamente illustrato in ordine alla legittimità della deliberazione n. 663 del 24.05.2021, con cui la Giunta Regionale della Marche, ha annullato in via di autotutela la D.G.R. n. 465/2021 e l'accordo sottoscritto in esecuzione della stessa, motivando nel documento istruttorio la propria determinazione in ragione del riesame della disciplina normativa di riferimento, posta la complessità della materia, alla luce della giurisprudenza, e di quanto recato nel parere dell'all'avvocatura regionale con nota prot. n. 0497829 del 30.04.2021.

Il documento istruttorio della deliberazione n 663 del 24.5.2021 dà, infatti, conto del parere dell'avvocatura regionale che ripercorre la normativa regolante la materia e che ha evidenziato come l'atto deliberativo di cui trattasi si ponesse in netto contrasto con la normativa statale di riferimento.

Correttamente, pertanto, il giudice di prime cure ha escluso che la domanda risarcitoria potesse fondarsi sulla illegittimità del provvedimento di annullamento in autotutela gravato.

10. Conclusivamente, per tutti i surriferiti motivi, l'appello principale è infondato e deve essere rigettato.

11. Deve quindi essere esaminato l'appello incidentale proposto dalla Regione Marche che ha impugnato, appunto, il capo della sentenza che ha riconosciuto il risarcimento del danno da provvedimento legittimo nei limiti del danno emergente.

Il giudice di prime cure ha dapprima premesso che *“seppure è vero che i commi 418 e 419 dell'articolo unico della L. n. 178/2020 menzionano esclusivamente la “farmacia” e non anche la “parafarmacia”, è altrettanto vero che la Regione, in materia di diritto sanitario e farmaceutico, dispone di competenze legislative e amministrative particolarmente importanti, tali per cui all'ente Regione va riconosciuta nel settore un'autorevolezza peculiare, non comune ad altre materie di legislazione concorrente; - i ricorrenti, dunque, ben potevano ipotizzare che, prima di procedere all'adozione della D.G.R. n. 465/2021, la Regione Marche avesse approfondito, magari attraverso interlocuzioni con il Ministero della Salute, il Commissario delegato per l'emergenza o altre amministrazioni statali, la questione della fattibilità dell'accordo con le parafarmacie”*.

Da tale premessa il T.A.R. ne inferisce che *“in base ad una valutazione che necessariamente deve essere riferita al momento dell'adozione della D.G.R. n. 465/2021, si poteva legittimamente ritenere da parte dei ricorrenti che, in ragione dell'andamento della pandemia nei primi mesi del 2021, fosse possibile anche derogare alle regole di riparto delle competenze tra farmacie e parafarmacie. Né è decisivo il fatto che alcuni dei parafarmacisti ricorrenti fossero venuti a conoscenza, già nei*

primi giorni di maggio 2021, dell'esposto di Federfarma, visto che non era possibile in quel momento comprendere se tale esposto fosse stato o meno condiviso dalla Regione (e comunque questo non avrebbe in alcun modo eliso i danni che i ricorrenti avevano subito per avere confidato inizialmente nella validità della D.G.R. n. 465/2021). Per converso, si deve ritenere sussistente la colpa in capo alla Regione, visto che l'annullamento della D.G.R. n. 465/2021 è stato fondato su elementi tutti preesistenti all'adozione del provvedimento (l'unico profilo nuovo emergente dal documento istruttorio allegato alla D.G.R. n. 663/2021 è il riferimento all'ordinanza del Consiglio di Stato n. 1634/2021), quali, ad esempio, la disciplina sulla c.d. farmacia dei servizi (D.Lgs. n. 153/2009) e la sentenza della Corte Costituzionale n. 66 del 2017"

Premette la Regione Marche, appellante incidentale, che l'illegittimità di un atto e il suo conseguente annullamento, sia esso giurisdizionale od in autotutela, non danno automaticamente diritto ad un risarcimento del danno che è subordinato alla positiva verifica della lesione della situazione soggettiva tutelata dall'ordinamento, della sussistenza della colpa o del dolo dell'Amministrazione e del nesso causale; e lamenta che nel caso in esame non sussistono i presupposti e le condizioni, secondo i suindicati paradigmi, affinché la domanda risarcitoria possa trovare accoglimento.

11.1. L'appello incidentale è fondato per le ragioni che seguono.

Vengono in rilievo da un lato il brevissimo lasso temporale (appena 35 giorni) intercorrente tra l'adozione della D.G.R. n.465 del 19 aprile 2021 e l'adozione della D.G.R. n.663 del 24 maggio 2021 di annullamento in autotutela; dall'altro lato la cronologia delle interlocuzioni medio

tempore avvenute tra le parti fino all'adozione della D.G.R. di annullamento in autotutela.

È infatti documentato in atti che, nelle more dell'adozione della deliberazione di annullamento in autotutela, le c.d. parafarmacie erano subito venute a conoscenza degli intendimenti dell'Amministrazione regionale di procedere ad una rivalutazione dell'accordo medesimo alla luce del parere dell'Avvocatura regionale. Già con nota prot. n. 5544 del 05 maggio 2021 (circa quindici giorni dall'adozione della Deliberazione poi annullata) la Regione ha invitato i rappresentanti legali delle associazioni ricorrenti alla riunione del 6 maggio successivo per discutere dell'argomento per cui è causa.

Orbene che i soggetti invitati alla riunione fossero ben consapevoli della problematica in argomento e del possibile annullamento in autotutela della D.G.R. n.465 del 19 aprile 2021, si ricava dal contenuto delle proprie missive di risposta del 5.5.2021 e del 7.5.2021, nelle quali hanno formulato le proprie osservazioni in merito alla legittimità dell'accordo raggiunto con specifici riferimenti alla giurisprudenza in materia, tra cui quella citata nella diffida formulata da Federfarma e richiamata nel parere regionale (sentenza Corte Costituzionale n. 66 del 21.3.2017, Consiglio di Stato ordinanza n. 1634/2021).

All'incontro del 6 maggio 2021, come da verbale, hanno poi effettivamente partecipato i rappresentanti delle associazioni di categoria: sia di quelle che hanno poi proposto il ricorso (M.N.L.F, UNaFTISiP, F.N.P.I.), sia di altre che non hanno inteso promuovere il ricorso (C.U.L.O.I, FEDERFARDIS); la successiva nota del 7.5.2021, sempre delle medesime Associazioni, testimonia appunto la conoscenza

da parte loro, e dunque anche dei propri iscritti, del possibile annullamento della deliberazione di approvazione dell'accordo.

Sotto un primo profilo, allora, la condotta dell'Amministrazione non può dirsi oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e lealtà, considerata la sollecita e costante informativa nei confronti degli aderenti all'accordo; sotto altro profilo l'elemento della colpa non può essere desunto direttamente ed esclusivamente dall'illegittimità del provvedimento, ma va individuato in particolare nella violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ossia in negligenza, omissioni o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili.

Il giudice di prime cure ha ritenuto sussistente la colpa della Regione in quanto *“ha dato vita ad un accordo che era destinato ad essere travolto per contrasto con una norma di legge statale, ma dal quale, come si dirà infra, sono discese conseguenze patrimoniali pregiudizievoli per i parafarmacisti ricorrenti (o almeno per alcuni di essi), ergo si tratta di una vicenda che ricade per l'appunto nelle fattispecie degli artt. 1337 e 1338 c.c.”*, ed inoltre *“visto che l'annullamento della D.G.R. n. 465/2021 è stato fondato su elementi tutti preesistenti all'adozione del provvedimento (l'unico profilo nuovo emergente dal documento istruttorio allegato alla D.G.R. n. 663/2021 è il riferimento all'ordinanza del Consiglio di Stato n. 1634/2021), quali, ad esempio, la disciplina sulla c.d. farmacia dei servizi (D.Lgs. n. 153/2009) e la sentenza della Corte Costituzionale n. 66 del 2017”*.

E tuttavia, rileva il Collegio, la condotta della Regione non può dirsi qualificabile in termini di colpa o di dolo se si considera il controverso

tema giuridico della assimilabilità, sotto diversi profili, dell'attività delle parafarmacie a quella delle farmacie, ben noto alle parafarmacie medesime ed alle loro associazioni di categoria, come peraltro emerge dalle osservazioni dalle stesse prodotte in data 5.5.2021 ed in data 7.5.2021 corredate da precisi riferimenti giurisprudenziali. Tanto più che il giudice di prime cure da un lato afferma che la colpa della Regione è ravvisabile nell'aver dato vita ad un accordo che era destinato ad essere travolto per contrasto con una norma di legge statale – implicando che la Regione sia caduta in un errore interpretativo di norme non scusabile – ma dall'altro ha ritenuto fondata e rilevante, rimettendola alla Corte Costituzionale, *“la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 418 e 419, della L. 30 dicembre 2020, n. 178, nella parte in cui le norme in argomento prevedevano che i test rapidi basati sulla ricerca dell'antigene e i test diagnostici rapidi per la ricerca del contagio dal virus SarsCov 2 potessero essere eseguiti, oltre che presso i laboratori analisi pubblici e privati, anche nelle farmacie ma non nelle parafarmacie”*.

Considerazioni che, unitamente alla brevità del lasso temporale nel quale la regione ha esercitato lo *ius poenitendi*, porta ad escludere la sussistenza dell'elemento della colpa, presupposto necessario ai fini dell'affermazione della responsabilità risarcitoria.

11. Conclusivamente, per tutti i surriferiti motivi l'appello principale è infondato e va respinto mentre deve essere accolto l'appello incidentale proposto dalla Regione Marche e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, deve essere rigettata la domanda risarcitoria parzialmente accolta in primo grado.

12. Sussistono giustificati motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello e sull'appello incidentale, come in epigrafe proposti:

- respinge l'appello principale;
- accoglie l'appello incidentale proposto dalla Regione Marche e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, respinge la domanda risarcitoria formulata in primo grado;
- compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Nicola D'Angelo, Presidente FF

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Sebastiano Zafarana, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Sebastiano Zafarana

IL PRESIDENTE
Nicola D'Angelo

IL SEGRETARIO