

Publicato il 16/01/2017

N. 00118/2017REG.PROV.COLL.
N. 03247/2016 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 3247 del 2016, proposto da:

Associazione Sindacale dei titolari di Farmacia della Provincia di Barletta Andria Trani - Federfarma Bat, Pellegrini Calace Michele, Farmacia Salus S.n.c., Farmacia Biondi S.a.s. della Dott.Ssa Rosanna Biondi, Farmacia Dottori Colasuonno-Spagnoletta S.n.c., Farmacia Santoro S.a.s. del Dr. Vito Lucio Santoro & C., Farmacia Padre Pio del Dott. Giannattasio Giuditta S.a.s., Farmacia Fontana S.n.c., Farmacia Dott.Ssa Scommegna & C. S.n.c., Farmacia Dott.Ri Diella A. & Valente L. S.n.c., Farmacia De Pergola S.n.c., Farmacia Dr. Gaetano Bruno S.n.c. dei Dottori Nesta Alessio e Bruno Liliana, Farmacia Internazionale S.n.c., Farmacia di Gioia S.n.c. dei Dottori Angelo e Francesco di Gioia & C., Farmacia

Stolfa S.n.c., Farmacia D'Amore S.n.c., Farmacia S. Angelo S.n.c., Farmacia Comunale S.p.A., Giacomantonio Michele, Citino Domenico, Di Gennaro Girolamo, Vitti Stefano, Rinella Giovanni, Ridolfi Rodolfo, Frate Michele Antonio Maria, Lonigro Stefania, Guerriero Alessio, Tammaccaro Paola, Valentino Giuseppe, Tota Isabella, Procacci Antonio, Civita Daniela, Caruso Carmela, Lorusso Benedetta, Ventura Sergio Maria, Cannone Domenico Pio, Florio Carlo, Gaeta Giuseppe, Giannone Giuseppe, Minnini Jannuzzi Pasquale, Borgia Valeria Giuseppina, Cicchelli Antonella, Malcangio Vito, Capozza Aldo, Mastromatteo Daniela, Cannone Giovanni, Pugliese Domenico, Castellano Vincenzo, D'Andrea Massimo, Memeo Riccardo, Panico Antonietta, Portaluri Patrizia, Dell'Ernia Giuseppe, Parente Nicola, Posi Patrizio Mariano, Civita Antonio, Cirillo Grazia, D'Innella Sebastiano, Musci Leonardo, Carretta Vito, Giannone Mario, Memoli Gennaro, Santamaria Giancarlo, Scattaglia Isabella, Tedesco Daniela, Di Molfetta Francesco, Adduasio Maria Rosaria, Parrulli Lorenzina, Savino Vincenza, Guglielmi Costanza, Mondelli Marina, Simone Natale, Catucci Arcangela, Dell'Olio Rosa Valeria, Lombardi Carmelinda, Attanasio Mario, Silvestris Vitantonio Egidio, Valente Vincenza, Zannella Antonietta, Del Monaco Lorenzo, Ventura Augusta, Russo Rosa, Michele Pellegrini Calace, tutti rappresentati e difesi dall'avvocato Massimo Luciani (C.F. LCNMSM52L23H501G), con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Lungotevere Raffaello Sanzio, 9;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Barletta-Andria-Trani, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Latorre (C.F. LTRVCN66B09A662I), con domicilio eletto presso A. Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

Regione Puglia, in persona del Presidente in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Mariangela Rosato (C.F. RSTMNG61E70E645R), Sabina Ornella Di Lecce (C.F. DLCSNR55H55D643E), Vincenzo Latorre (C.F. LTRVCN66B09A662I), con domicilio eletto presso la Delegazione di Rappresentanza della Regione Puglia, in Roma, via Barberini, 36;

nei confronti di

Agenzia Italiana del Farmaco - AIFA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, Svimservice Spa, Axprivia Spa non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia – Bari - Sezione II n. 00073/2016, resa tra le parti, concernente determinazione nuova base di calcolo dello "sconto farmaceutico" - restituzione somme.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale di Barletta-Andria-Trani, della Regione Puglia e dell'Agenzia Italiana del Farmaco;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2016 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Antonio Liroso su delega di Massimo Luciani, Vincenzo Latorre, Sabina Ornella Di Lecce e l'avvocato dello Stato Agnese Soldani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Associazione sindacale dei Farmacisti Titolari della Provincia di Barletta- Andria-Trani ("FEDERFARMA") e una serie di titolari di farmacie, tutte ubicate nella provincia di Bari, hanno agito innanzi al TAR Puglia, chiedendo l'annullamento di alcuni atti e provvedimenti del Direttore della locale ASL e dell'AIFA, in forza dei quali è stato chiesto alle farmacie della Provincia in regime convenzionale, il pagamento:

- i) della differenza tra lo sconto di cui all'art. 1, comma 40, della l. n. 662 del 1996 effettivamente applicato dal 2005 al luglio 2011 (calcolato utilizzando come base di calcolo il c.d. "prezzo di riferimento") e lo stesso sconto calcolato, però, prendendo come riferimento il prezzo di vendita al pubblico;
- ii) dello sconto di cui all'art. 11, comma 6, del d.l. n. 78 del 2010, anche in relazione all'ossigeno terapeutico e ai farmaci generici aventi prezzo pari a quello di riferimento.

Il TAR, ritenuta la giurisdizione, ha respinto in parte il ricorso, riconoscendo, quanto alla questione principale se i farmacisti debbano assumere quale base di calcolo dello sconto il prezzo di

vendita al pubblico o quello di riferimento, la correttezza delle prescrizioni date dalla Regione Puglia e dalla ASL; affermando, in ordine alla questione relativa all'ambito oggettivo di applicazione dell'ulteriore sconto imposto dall'art.11, comma 6, d.l. 78/2010, che esso deve applicarsi anche all'ossigeno terapeutico e ai farmaci, esentati ex art.48 comma 32, d.l. 269/2003 solo dagli sconti di cui alla legge 662/96.

Il TAR ha invece accolto le doglianze relative alla decorrenza e all'ammontare degli interessi maturati sulle somme oggetto di richiesta di restituzione da parte della Regione Puglia e delle ASL, riconoscendo la buona fede dei ricorrenti all'atto della apprensione delle maggiori somme ricevute in sede di rimborso ed escludendo nella specie l'applicabilità del meccanismo di calcolo degli interessi di mora previsto dal D.lgs. 231/2002

Avverso la sentenza, ed in particolare avverso i capi della stessa che hanno visti soccombenti gli originari ricorrenti, i medesimi hanno interposto gravame.

Nel giudizio si sono costituiti, l'AIFA, la regione Puglia, l'ASL BAT, concludendo per la reiezione del gravame.

Le parti, in vista dell'udienza di discussione, hanno ulteriormente scambiato memorie e repliche chiarendo ulteriormente le rispettive tesi.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 17 novembre 2016.

DIRITTO

A. La sentenza gravata

Al fine di una migliore intelligibilità dei motivi di gravame giova

preliminarmente riportare i passaggi motivazionali salienti della sentenza oggetto di gravame.

“Il Collegio condivide quanto già affermato dal Tar Lecce, il quale in merito ha osservato “come la disciplina sullo sconto sia fondamentalmente dettata dall’art. 1, comma 40, della legge n. 662 del 1996, a norma del quale “Il Servizio sanitario nazionale, nel procedere alla corresponsione alle farmacie di quanto dovuto, trattiene a titolo di sconto una quota sull’importo al lordo del ticket e al netto dell’IVA”. Il riferimento all’ “importo al lordo del ticket” dunque, ricomprendendo quella quota di prezzo - il ticket, appunto - che si aggiunge a quello di rimborso/riferimento, conferma subito la correttezza delle prescrizioni date dalla Regione Puglia e dalla ASL, indicando quale base di calcolo il prezzo di vendita dei farmaci - solo depurato della parte fiscale, come già riconosciuto in giurisprudenza - e non, invece, la minor quota rimborsata dal Servizio Sanitario alle farmacie. Se, cioè, il legislatore ha espressamente previsto che la trattenuta operata dal Servizio Sanitario vada calcolata in una percentuale ‘al lordo del ticket’, resta smentita la tesi, pur suggestivamente sostenuta in ricorso, secondo cui, invece, questo sconto non potrebbe che applicarsi sul <<quanto dovuto>> dal SSN al farmacista: il legislatore, cioè, con una scelta di natura esclusivamente finanziaria (avrebbe certamente potuto optare per una base di calcolo diversa, quale, tra le altre, il prezzo di riferimento), dispone che lo sconto debba costituire una quota non del valore di rimborso (il <<quanto dovuto>>) ma, invece, del prezzo al pubblico del farmaco, del prezzo cioè -superiore al valore di

rimborso- scaturito anche dall'importo versato a titolo di 'ticket' dal cittadino (in tale concetto ricomprendendosi quanto pagato, appunto, dai cittadini, quale forma di compartecipazione al costo dell'assistenza farmaceutica e delle altre prestazioni erogate dal Servizio Sanitario Nazionale, allo scopo di assicurare, nel rispetto del principio di equilibrio finanziario, l'appropriatezza, l'efficacia e l'economicità delle prestazioni stesse; detto importo, a sua volta, in campo farmaceutico, può risultare composto da una quota fissa su ogni confezione e/o ricetta e da una quota variabile, risultante dalla differenza tra il costo del farmaco equivalente e quello del farmaco eventualmente preferito dal cittadino o prescritto dal medico). In questa prospettiva risulta suggestivo ma non corretto sostenere che, essendo la differenza tra prezzo di riferimento e prezzo al pubblico a carico del cittadino, e non essendovi dunque rispetto a tale quota alcun esborso del SSN, sarebbe inammissibile operarvi una trattenuta: quella di cui si discute, infatti, rappresenta una misura di carattere sostanzialmente 'fiscale', che, al di là del nome, ha nulla in comune con lo 'sconto' tipico delle transazioni commerciali, sicché il prezzo di vendita al pubblico è soltanto una delle possibili basi rispetto alle quali effettuare il calcolo percentuale de quo. Viene in rilievo, dunque, una scelta di politica economica operata dal legislatore, scelta la quale potrebbe semmai porre problemi di ragionevolezza, anche sul piano costituzionale, solo ove, ricollegata la base di calcolo alle percentuali dello sconto (ognuno dei due fattori, isolatamente considerato, è scarsamente significativo), dovesse dimostrarsi la non sostenibilità del risultato finale da parte del sistema delle

farmacie. Dimostrazione che in questo caso non risulta offerta.”

Con riguardo alla seconda questione, relativa all’ambito oggettivo di applicazione dell’ulteriore sconto imposto dall’art.11, comma 6, d.l. 78/2010, parti ricorrenti sostengono che il legislatore d’urgenza avrebbe inteso modificare solo la percentuale di sconto, aggiungendola – in quanto “ulteriore” – a quella precedentemente calcolata, mentre la base su cui applicare la trattenuta resterebbe quella individuata dalla normativa vigente che esonera dallo sconto l’ossigeno terapeutico e i farmaci con prezzo corrispondente a quello di rimborso. Il TAR rileva, uniformandosi alla giurisprudenza formatasi sul punto (ex multis, Cons. Stato, Sez. II, parere n. 2602/2014 – che nel ricostruire il quadro normativo di riferimento riconosce anche, sia pur implicitamente, che la percentuale di sconto si applica al prezzo di vendita al pubblico, n.d.e.; Sez. III, sent. n. 1683/2014; da ultimo Tar Lecce cit. e giurisprudenza ivi richiamata), che il fatto che il legislatore abbia disposto che il nuovo sconto si aggiunga (“fermo restando”) e non si sostituisca a quello previsto dall’art. 48, comma 32, decreto legge n. 269 del 2003, senza peraltro fare alcun riferimento ai limiti oggettivi per esso previsti, comporta l’ovvia conseguenza che il nuovo sconto si estenda senza eccezioni a tutti i medicinali, ivi compresi l’ossigeno terapeutico e i farmaci in precedenza esonerati – peraltro, laddove il legislatore ha inteso innovare l’ambito (sia pur soggettivo) di esenzione, l’ha fatto espressamente, si veda l’alinea successivo a quello in esame del comma 6, relativo alle farmacie rurali. In tal senso, del tutto inequivocabile è il tenore assunto dalla norma per effetto delle

modifiche introdotte dal d.l. 225/2010, che ne ha comportato la parziale riformulazione, da un lato, con l'espunzione dell'inciso "fermo restando quanto previsto dall'art. 48, comma 32, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269", che, effettivamente, poteva essere interpretato nel senso divisato dai ricorrenti, potendo la locuzione "fermo restando" leggersi nel significato di "fatta eccezione per", dall'altro, con l'inserimento della locuzione "rispetto a quanto già previsto dalla vigente normativa", con la conseguenza che l'ulteriore sconto dell'1,82% deve applicarsi anche all'ossigeno terapeutico e ai farmaci, esentati ex art.48 comma 32, d.l. 269/2003 solo dagli sconti di cui alla legge 662/96."

B. I motivi d'appello

1. Con il primo motivo gli appellanti si soffermano sull'interpretazione dell'art. 1, comma 40, 1. n. 662 del 1996, evidenziando l'erroneità della sentenza gravata sul punto.

La disposizione in questione introduce, come detto, uno sconto che i farmacisti in regime di convenzione devono praticare al SSN. Secondo gli appellanti, per l'individuazione di tutti gli sconti, sarebbe necessario determinare due grandezze, tra loro indipendenti: i) la base di calcolo, su cui praticare lo sconto; ii) la percentuale di sconto da applicare sulla prima grandezza. In ordine alla prima, in una corretta esegesi dell'art. 1 cit. rileverebbe l'importo dovuto dal SSN alle farmacie; per la seconda (la percentuale di sconto) rileverebbero invece le percentuali individuate per fasce di prezzo di vendita al pubblico (3,75 per cento per le specialità medicinali il cui prezzo di vendita al

pubblico è inferiore a lire 50.000, 6 per cento per le specialità medicinali il cui prezzo di vendita al pubblico è compreso tra lire 50.000 e lire 99.999, etc.). Le due parti dovrebbero tenersi logicamente separate non essendo rinvenibile, nella parte della disposizione normativa relativa alla base di calcolo, alcun riferimento al "prezzo al pubblico". La base di calcolo sarebbe poi mutata – nella ricostruzione che ne fanno gli appellanti - in forza dell'introduzione nell'ordinamento della nozione di "*prezzo di riferimento*" (d. l. n. 347 del 2001), cioè il prezzo che il SSN effettivamente corrisponde al farmacista, che è più basso del "prezzo al pubblico" e che quindi incidendo sul "*quanto dovuto*" di cui all'art. 1 cit., modificherebbe la base di calcolo dello sconto. Ove non si accogliesse siffatta interpretazione – secondo gli appellanti – il combinato disposto delle disposizioni sopra citate sarebbe incostituzionale per violazione degli artt. 3, 32, 41, 42 e 53 della Carta costituzionale.

1.1. Il motivo è infondato.

1.2. Premette il Collegio, ai fini di un corretto inquadramento della complessa controversia in esame, che la vicenda contenziosa si colloca all'interno del rapporto di convenzione che intercorre tra la Regione Puglia, le AASSLL e le singole farmacie, ed ha ad oggetto il regime di rimborso dei farmaci, in particolare le modalità di calcolo degli "sconti" che le farmacie devono riconoscere al SSN per i farmaci inseriti nelle c.d. liste di trasparenza di cui alla legge n. 405/2001 (specialità con brevetto scaduto ed equivalenti o generici) oltre che sull'ossigeno terapeutico, secondo la disciplina di cui all'art. 1, comma 40, della

Legge 23.12.1996, n. 662 che così dispone: "... *il Servizio sanitario nazionale, nel procedere alla corresponsione alle farmacie di quanto dovuto, trattiene a titolo di sconto una quota sull'importo al lordo dei ticket e al netto dell'IVA ...*".

Al fine di addivenire ad un risparmio della spesa farmaceutica, nel 2001 lo Stato, in relazione ai farmaci non più coperti da brevetto ed equivalenti, ha disposto che essi siano rimborsati al prezzo più basso del corrispondente farmaco generico esistente sul mercato, secondo quanto previsto dall'art. 7 del decreto legge 347 del 2001, convertito con legge n. 405 del 2001, demandando alle Regioni il compito di regolamentare il prezzo di rimborso con proprie direttive (per la Regione Puglia, con Delibera di G. R. n. 2106 del 27.12.2001).

Per tale ragione la prima applicazione della normativa ha visto le diverse Regioni e lo stesso Ministero della Salute regolarsi in maniera non sempre uniforme, anche quanto all'applicazione dello sconto obbligatorio a favore del SSN sul prezzo di riferimento (il prezzo più basso di medicinali simili esistenti sul mercato) anziché sul prezzo di vendita, consentendo ai farmacisti di incamerare senza alcuna trattenuta da parte del SSN la quota corrisposta direttamente dall'assistito allorché il farmaco generico avesse un prezzo di vendita al pubblico superiore al prezzo di riferimento.

Di conseguenza l'art. 48, comma 32 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella Legge 24 novembre 2003, n. 326 ha previsto espressamente che "dal 1° gennaio 2005, lo sconto (...) si applica a tutti i farmaci erogati in regime di SSN, fatta eccezione

per l'ossigeno terapeutico e per i farmaci, siano essi specialità o generici, che abbiano un prezzo corrispondente a quello di rimborso così come definito dall'articolo 7, comma 1, del decreto-legge 18 settembre 2001, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2001, n. 405".

Nel frattempo è stata istituita l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) che ha curato la pubblicazione dei prezzi di riferimento o rimborso e dei prezzi di vendita al pubblico dei farmaci specialità a brevetto scaduto e dei generici e/o equivalenti, ed il decreto legge n. 78/10 (convertito nella legge n. 122/10) ha introdotto un "ulteriore sconto" aggiuntivo del 3.65% (poi ridotto, in sede di conversione, all'1.82%) sul prezzo di vendita al pubblico al netto dell'IVA, senza esclusioni.

Ai fini dell'attività di gestione dei rimborsi, la Regione Puglia e le ASL competenti si sono avvalse nel periodo 2005/2011 di società di servizi (in primis SVIMSERVICE SPA), che hanno proceduto, dietro presentazione delle DCR mensili da parte delle singole farmacie ed applicazione del relativo algoritmo, a computare i rimborsi spettanti alle farmacie. Sennonché, nell'ambito dell'attività di controllo la Regione si è avveduta, peraltro solo dopo numerosi anni, che l'algoritmo applicato dalla società di servizi tramite il sistema Edotto aveva preso erroneamente a base di calcolo il prezzo di riferimento, anziché il prezzo di vendita al pubblico, ed ha avviato quindi con la nota A00 n. 152/10351 in data 20 luglio 2011, una complessa procedura amministrativa volta, prima, alla correzione della base di calcolo e, successivamente, al recupero delle somme indebitamente

corrisposte alle farmacie.

1.3. Ciò chiarito può ora procedersi all'esame specifico del primo motivo. Gli appellanti adoperano un argomento logico che, senza invalidare l'assunto di base sul quale il TAR fonda le sue conclusioni – ossia che la disciplina sullo sconto rimane fondamentalmente dettata dall'art. 1, comma 40, della legge n. 662 del 1996, tende a valorizzare l'inciso "*quanto dovuto*" sul presupposto che esso sia l'importo sul quale applicare la percentuale, poi individuata per scaglioni dalla seconda parte della medesima disposizione normativa.

La tesi, per quanto pregevolmente argomenta, non convince. La materia dello sconto (nelle due componenti di base ed aliquota) è secondo il Collegio tutta regolata dalla seconda parte della disposizione in esame: la base è costituita dal prezzo al pubblico; l'aliquota è quella variabile per scaglioni di prezzo. Il "*quanto dovuto*" è, invece, nella costruzione logica della disposizione normativa, il risultato complessivo a valle dell'operazione aritmetica consistente dall'applicazione dell'aliquota alle singole vendite delle specialità medicinali.

E' vero che il problema si è evidentemente generato con i farmaci non coperti da brevetto, per i quali il rimborso, ai sensi dell'art. 7, comma 1, del decreto-legge 18 settembre 2001, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2001, n. 405, non è più agganciato al prezzo al pubblico, ma al prezzo al pubblico più basso del corrispondente farmaco generico disponibile sul mercato regionale. La conseguente non corrispondenza tra prezzo al pubblico e prezzo di rimborso ha infatti prodotto dal 2001, una

incertezza interpretativa sull'applicazione dello sconto applicabile e sulle modalità di computo, introducendo un'aporia nel lineare meccanismo ab origine disciplinato dall'art. 1, comma 40, della Legge 23.12.1996, n. 662 basato sulla tendenziale corrispondenza tra prezzo di rimborso e prezzo al pubblico. Meccanismo, la cui applicazione comunque si imponeva in assenza di norme ad hoc.

L'aporia è però stata risolta dallo stesso legislatore nel 2005. L'art. 48, comma 32 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella Legge 24 novembre 2003, n. 326 ha previsto espressamente che: *“dal 1° gennaio 2005, lo sconto dovuto dai farmacisti al SSN in base all'art. 1, comma 40 della legge 23 dicembre 1996, n. 662 si applica a tutti i farmaci erogati in regime di SSN, fatta eccezione per l'ossigeno terapeutico e per i farmaci, siano essi specialità o generici, che abbiano un prezzo corrispondente a quello di rimborso così come definito dall'articolo 7, comma 1, del decreto-legge 18 settembre 2001, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2001, n. 405.”*

Richiamando l'art. 1, comma 40 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, il legislatore ha scientemente deciso di applicare lo stesso sconto e le stesse modalità di computo in tutti i casi in cui il prezzo sia superiore al quello di rimborso: per l'effetto a) la base di calcolo è costituita dal prezzo al pubblico; b) l'aliquota è quella variabile per scaglioni di prezzo.

Le considerazioni pure svolte dall'appellante sulla correlata diminuzione del “quanto dovuto” e sulla conseguente minore entrata per la farmacia si risolvono quindi in una diretta contestazione

della legge. Ed in effetti gli appellanti hanno anche sollevato, sia pur in via di subordine, la questione costituzionalità.

Quest'ultima è tuttavia priva di solidi argomenti. La circostanza che lo sconto sia calcolato sempre sul prezzo al pubblico e non sull'effettivo prezzo di rimborso seppur conduce ad un risultato peggiorativo sui guadagni ritraibili dai farmacisti a mezzo dell'attività di vendita di farmaci a carico del SSN, non pone problemi di ragionevolezza, né di limitazione dell'iniziativa economica privata, o di violazione del principio di capacità contributiva. Sul punto possono richiamarsi alcuni fondamentali passaggi della sentenza n. 279 del 7.7.2006, significativi anche per evidenziare la manifesta infondatezza delle questioni sollevate dagli appellanti.

La Corte, in particolare, nel respingere una questione di costituzionalità sollevata in rapporto all'art. 3 Cost., ha affermato che l'imposizione dello sconto obbligatorio sul prezzo dei farmaci rimborsati dal Servizio sanitario nazionale, che comporta la determinazione indiretta di un nuovo e minore prezzo, non è che una delle *“misure stabilite discrezionalmente dal legislatore al fine di bilanciare le diverse esigenze, da un lato, di contenimento della spesa farmaceutica, nel contesto di risorse date, e, dall'altro, di garanzia, nella misura più ampia possibile, del diritto alla salute mediante l'inserimento del maggior numero di farmaci essenziali nell'elenco di quelli rimborsabili dal SSN”*. Esaminando ulteriore censura, relativa alla prospettata violazione dell'art. 41 Cost., la Corte ha osservato, per un verso, che il comparto dei farmaci di fascia “A”, *“contraddistinto da penetranti poteri di regolazione e*

di intervento del Ministero della Salute nella determinazione del prezzo ed anche dei margini di utile lungo l'intera filiera (produttore, grossista, farmacista)”, non costituisce un mercato concorrenziale perché, almeno quanto al prezzo, non si tratta di prodotti che danno luogo a confronto competitivo; per altro verso, che la sfera di autonomia privata non riceve dall'ordinamento una protezione assoluta, “sì che la sua lamentata compressione nella determinazione del prezzo non è costituzionalmente illegittima quando si riveli preordinata a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti”, come era avvenuto nel caso di specie, con le norme citate, mediante le quali il legislatore aveva perseguito l'obiettivo di “realizzare il contenimento della spesa sanitaria in vista del fine di utilità sociale costituito dalla garanzia del più ampio godimento del diritto alla assistenza farmaceutica, lasciando comunque all'imprenditore un più ridotto ma ragionevole margine di utile”.

2. Con il secondo motivo l'appellante censura le conclusioni cui è giunto il primo giudice in punto di applicabilità dello sconto aggiuntivo dell'1,82% imposto dal decreto legge n. 78/10 convertito nella legge n. 122/10, anche all'ossigeno terapeutico ed ai farmaci generici che abbiano un prezzo corrispondente a quello di rimborso. Secondo gli appellanti invece la formulazione normativa, finanche a seguito della novella portata dal DL 225/2010, non muterebbe i termini dell'unica e corretta esegesi possibile, ossia che lo sconto, essendo “ulteriore” si aggiunge (e non si sostituisce) allo sconto secondo quanto già previsto dalle fonti vigenti (che in particolare escluderebbero l'ossigeno

terapeutico ed i farmaci generici di prezzo pari a quello di rimborso). Il TAR, non solo avrebbe errato nel sostenere il contrario, ma avrebbe omesso anche di valutare le censure del ricorso introduttivo che fondavano su argomenti di carattere sistematico e teleologico (i.e. l'asistematicità di uno sconto ulteriore che si applica a farmaci esentati da un sconto di base).

2.1. Anche questo motivo è infondato.

2.2. In proposito non può che concordarsi con il giudice di prime cure circa il carattere inequivocabile del tenore assunto dalla norma per effetto delle modifiche introdotte dal d.l. 225/2010, che ne ha comportato la parziale riformulazione, da un lato, con l'espunzione dell'inciso "*fermo restando quanto previsto dall'art. 48, comma 32, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269*", che, effettivamente, poteva essere interpretato nel senso divisato dai ricorrenti, potendo la locuzione "*fermo restando*" leggersi nel significato di "*fatta eccezione per*"; dall'altro, con l'inserimento della locuzione "*rispetto a quanto già previsto dalla vigente normativa*", con la conseguenza che l'ulteriore sconto dell'1,82% deve applicarsi anche all'ossigeno terapeutico e ai farmaci, esentati ex art.48 comma 32, d.l. 269/2003 solo dagli sconti di cui alla legge 662/96.

2.3. Quanto alle considerazioni di carattere sistematico, asseritamente non valutate dal giudice di prime cure, esse non valgono a superare quanto sopra osservato. Il fatto che lo sconto ulteriore abbia un ambito oggettivo di applicazione più ampio dello sconto base costituisce il frutto della volontà del legislatore, dinanzi al quale ogni eccezione di asistematicità si risolve nella

surrettizia, quanto generica ed immotivata, proposizione di una questione di incostituzionalità della legge.

3. Con il terzo motivo gli appellanti assumono che l'ASL sarebbe decaduta dal potere di contestare irregolarità e differenze nel *quantum* da corrispondere ai sensi dell'Accordo nazionale per la disciplina dei rapporti con le farmacie pubbliche e private. Il TAR avrebbe sbrigativamente liquidato la questione evidenziando che oggetto dell'accordo e della prevista decadenza è il diverso caso di irregolarità delle ricette. Secondo gli appellanti invece lo sconto sarebbe questione riguardante proprio le ricette e la loro valorizzazione.

3.1. Il motivo non è fondato. Lo sconto è materia direttamente disciplinata dalla legge, come tale insuscettibile di regolamentazione pattizia. L'errore che cade sulla legge rimane quindi fuori dalla portata dell'accordo. Quest'ultimo ha piuttosto ad oggetto le irregolarità che producono operazioni di addebito o accredito, ossia questioni che attengono alla materiale valorizzazione delle singole ricette.

3.2. Nell'ambito del terzo motivo gli appellanti censurano altresì la sentenza di primo grado in quanto — a loro dire — l'erronea applicazione fatta dalla Regione e dalla ASL in relazione allo sconto a favore del SSN non potrebbe dare luogo a ripetizione, in quanto frutto di un asserito accordo tra Amministrazione e farmacie riveniente dal rapporto di convenzione, sicchè occorrerebbe una previa azione tesa alla caducazione del contratto.

3.3. Anche questa censura è priva di fondamento.

Le amministrazioni sono incorse in un palese errore in sede di

applicazione delle previsioni di legge in ordine allo sconto farmaci SSN, che ha comportato, da un lato un esborso *sine titulo* da parte della Amministrazione e, dall'altra, l'incasso di somme indebite da parte dei farmacisti. La convenzione regola aspetti di carattere esecutivo che presuppongono (e non negoziano) la corretta applicazione della legge, sicchè ove l'amministrazione sbaglia nell'applicazione del contratto effettuando pagamenti non dovuti, non può che venire in rilievo un indebito oggettivo, come correttamente ritenuto dal giudice di prime cure.

4. Con il quarto motivo gli appellanti censurano l'omessa pronuncia su un punto determinante della controversia ed in particolare quello avente ad oggetto la nota direttoriale 12 dicembre 2014, poiché asseritamente carente di specifiche indicazioni in ordine a) alle modalità di calcolo utilizzare; b) alle singole ricette giustificative dei crediti vantati.

4.1. Anche questo motivo è infondato. Il TAR ha reputato infondate le censure mosse sul punto dai ricorrenti dando espressamente atto che nessun problema di conoscenza o conoscibilità poteva esservi in ordine alle singole azioni di recupero avendo le parti "*concordato un percorso condiviso di verifica della modalità di calcolo degli sconti*" (v. note del 25 luglio e del 9 agosto citate) e avendo l'Amministrazione pure disposto, a tale scopo, la sospensione del procedimento stesso (v. nota del 9 agosto cit.), poi riattivato "*tenuto conto dell'esito degli incontri (come da verbali agli atti d'ufficio), nel corso dei quali si è accertata la correttezza dell'algoritmo predisposto*"(v. nota del 22 ottobre cit)".

Può aggiungersi – condividendo sul punto quanto osservato dalla difesa della Regione – che: a) con la Nota del 25.7.2014 Prot. n. A00/152/9649, la Regione Puglia - Servizio PATP- Ufficio Politiche del Farmaco, all'esito della istruttoria tecnica, ha comunicato espressamente l'esatto algoritmo da utilizzare ai fini del calcolo dello sconto (principale ex art. 1, comma 40 della l. 662/1996 ed aggiuntivo, di cui all'art. 11 comma 6 del D.L. 78/2010) allegandolo alla stessa nota; b) tutte le farmacie sono munite di programmi allineati con quelli della Amministrazione resistente, tramite il c.d. Sistema Edotto, programmi in cui conservano tutti i dati relativi ai pagamenti ricevuti ed effettuati dalla ASL, ai quali è sufficiente applicare l'algoritmo corretto.

5. Con il quinto ed ultimo motivo gli appellanti censurano la violazione delle garanzie partecipative.

5.1. Sul punto il TAR si è dilungato con argomenti del tutto condivisibili, evidenziando le occasioni di confronto, sicuramente sufficienti a soddisfare i principi di partecipazione procedimentale, soprattutto ove si consideri la natura meramente aritmetica delle operazioni tese alla formulazione del nuovo algoritmo.

6. In conclusione l'appello è respinto.

7. Avuto riguardo alla novità ed alla complessità delle questioni appare equo compensare fra le parti le spese del giudizio d'appello.

P.Q.M.

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

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE

Giulio Veltri

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO