

Repubblica Italiana
REGIONE SICILIANA



Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana

Prot. n. 5373 / 24/2019.11 del 07 Marzo 2019 Pos. Coll. e Coord. n.2.

Oggetto: Definizione attività svolte dal referente tecnico delle gare farmaci. Quesito.

Assessorato Regionale dell'Economia
Dipartimento Bilancio e Tesoro
Ragioneria Generale della Regione
Servizio 6 Centrale Unica di Committenza
Palermo
(Rif. Prot. 9687 del 26.2.2019)

1. Con la nota in riferimento viene posta in rilievo l'esigenza di qualificare l'attività espletata dal "referente tecnico delle gare farmaci" in seno alla Centrale Unica di Committenza, al fine di accertare l'esistenza di eventuali elementi ostativi connessi con lo status di pensionato del soggetto incaricato.

Si riferisce al riguardo che con D.A.S. n. 2523 del 16.10.2018, a firma del Dirigente della Centrale Unica di Committenza, dopo aver preso atto della indisponibilità di taluni Direttori dei Dipartimenti Farmaceutici della Aziende Sanitarie/Ospedaliere della Regione siciliana, ai sensi dell'articolo 5, comma 9, del D.L. n. 95/2012, modificato dall'articolo 6, comma 1, del D.L. 90/2014 (convertito con legge n. 114/2014) e del D.lgs. 165/2001 e ss.mm.ii., è stato conferito l'incarico di consulenza a titolo gratuito di "referente tecnico" delle gare farmaci della Centrale, ad un farmacista, già Direttore del Dipartimento del Farmaco di Catania, oggi in pensione.

Si osserva che le circolari ministeriali della Funzione Pubblica (n. 4/2015 e 6/2014), relativamente all'interpretazione e applicazione del citato articolo 5, comma 9 del decreto legge n. 95/2012, specificano che il divieto di conferire incarichi a titolo oneroso si estende a qualsiasi lavoratore dipendente collocato in quiescenza, ma individuano le "attività

sanitarie e legali” quali quelle per cui il divieto di conferire l’incarico a titolo oneroso non ricorrerebbe.

Al tal proposito si precisa che il consulente, in qualità di tecnico farmacista, *“ha svolto e svolge per la Centrale Unica di Committenza, attività molteplici, partecipa, con cadenza mensile, alle riunioni presso l’Assessorato regionale della Salute, finalizzate all’inserimento di nuovi prodotti farmaceutici in PTORS, verifica la scadenza dei brevetti dei farmaci esclusivi, redige capitolati tecnici di gara, monitora l’entrata in commercio di farmaci biosimilari ed analizza la sopravvenienza dei presupposti di legge (legge di bilancio 2016) ai fini della predisposizione degli atti di gara per l’affidamento, tramite accordo quadro, della fornitura di un principio attivo”*.

Il Ministero della Salute definisce la professione del farmacista “una professione sanitaria”, individuando nel D.lgs. 8.8.1991, n. 258, il relativo riferimento normativo.

Viene, pertanto, chiesto l’avviso dello scrivente Ufficio al fine di chiarire *“se le attività svolte dal dott. Rapisarda, come sopra esplicate, funzionali alla predisposizione e gestione delle procedure di gara per l’approvvigionamento dei farmaci occorrenti a tutta la Regione siciliana, possano rientrare nella previsione di cui al citato D.lgs. 258/91, ove all’art. 1 vengono dettagliate le attività professionali che possono essere svolte dal soggetto cui è riconosciuto il titolo di farmacista o se debbano essere considerate rientranti nella consulenza, pertanto rientranti – per il caso di specie – nell’alveo delle prestazioni da rendere esclusivamente a titolo gratuito”*.

Viene, in ultimo, evidenziato che, *“in forza delle regioni di pubblico interesse sottese alla predisposizione delle procedure di gara di che trattasi e dell’obbligo di legge discendente dal D.P.C.M. 11.7.2018 in materia di farmaci, questa Centrale ha la necessità di conoscere se e come debba garantire senza soluzione di continuità, lo svolgimento delle attività tecniche sopra descritte, in quanto propedeutiche all’avvio e definizione delle procedure gare farmaci, per le quali ha l’esigenza di avvalersi di una figura professionale che riunisca in sé indubbie competenze in farmaceutica con consolidate competenze in procedura di gara”*.

2. In ordine alla consultazione richiesta si osserva quanto segue.

L’articolo 5, comma 9, del Decreto Legge 6 luglio 2012, n. 95 (convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135), nel testo modificato dall’articolo 17,

comma 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (recante “Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”), dispone che:

*“È fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 (118), nonché alle pubbliche amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 nonché alle autorità indipendenti ivi inclusa la Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) di attribuire **incarichi di studio e di consulenza a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza**. Alle suddette amministrazioni è, altresì, fatto divieto di conferire ai medesimi soggetti **incarichi dirigenziali o direttivi o cariche in organi di governo** delle amministrazioni di cui al primo periodo e degli enti e società da esse controllati, ad eccezione dei componenti delle giunte degli enti territoriali e dei componenti o titolari degli organi elettivi degli enti di cui all'articolo 2, comma 2-bis, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125. Gli incarichi, le cariche e le collaborazioni di cui ai periodi precedenti sono comunque consentiti a titolo gratuito. Per i soli incarichi dirigenziali e direttivi, ferma restando la gratuità, la durata non può essere superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile, presso ciascuna amministrazione. Devono essere rendicontati eventuali rimborsi di spese, corrisposti nei limiti fissati dall'organo competente dell'amministrazione interessata. Gli organi costituzionali si adeguano alle disposizioni del presente comma nell'ambito della propria autonomia.”.*

Con Circolare n. 6/2014, del 4.12.2014, il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, ha diramato indicazioni interpretative e applicative dell'articolo 5, comma 9, del decreto legge n. 95 del 2012, come modificato dall'articolo 6 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90.

Al riguardo, la predetta circolare ha evidenziato che *“la disciplina in esame pone puntuali norme di divieto, per le quali vige il criterio di stretta interpretazione ed è esclusa l'interpretazione estensiva o analogica (...). Incarichi vietati, dunque, sono quelli espressamente contemplati: **incarichi di studio e di consulenza, incarichi dirigenziali o direttivi, cariche di governo nelle amministrazioni e negli enti e società controllate (...)**”.*

E ciò poiché “*un’interpretazione estensiva dei divieti in esame, non coerente con il fine di evitare che soggetti in quiescenza assumano rilevanti responsabilità nelle amministrazioni, potrebbe determinare un’irragionevole compressione dei diritti dei soggetti in quiescenza, in violazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale, che ammette limitazioni a carico dei soggetti in questione purché imposte in relazione ad un apprezzabile interesse pubblico*” (sentenze n. 566 del 1989, n. 406 del 1995 e n. 33 del 2013 della Corte Costituzionale).

Posto il carattere tassativo dei divieti previsti dalla disciplina in argomento, viene ulteriormente chiarito che gli incarichi di studio e di consulenza sono quelli che presuppongono competenze specialistiche e rientrano nelle ipotesi di contratto d’opera intellettuale, di cui agli artt. 2229 e ss. del codice civile. Costituiscono incarichi di studio quelli consistenti nello svolgimento di un’attività di studio, che possono essere individuati con riferimento ai parametri indicati nel decreto del Presidente della Repubblica 18 aprile 1994, n. 338; costituiscono consulenze le richieste di pareri a esperti (in tale senso Corte dei Conti, Sezioni Unite in sede di controllo, delibera 15 febbraio 2005, n. 6/CONTR/05).

Per converso, tutte le ipotesi di incarico o collaborazione non rientranti nelle categorie elencate, sono da considerarsi sottratte ai divieti di cui alla disciplina in esame, ferme restando le disposizioni vigenti relative ai requisiti e alle modalità di scelta dei soggetti ai quali conferire incarichi e cariche e alle procedure di conferimento (quali quelle contenute nell’articolo 7 del decreto legislativo n. 165 del 2001).

Pertanto, il divieto riguarda determinati contratti d’opera intellettuale, ma non gli altri tipi contratti d’opera. Non è escluso, dunque, il ricorso a personale in quiescenza per incarichi che non comportino funzioni dirigenziali o direttive e abbiano oggetto diverso da quello di studio o consulenza, **ivi compresi gli incarichi professionali inerenti attività legale o sanitaria, non aventi carattere di studio o consulenza** che, come tali, *sfuggono ai divieti de quibus*, come pure gli incarichi nelle commissioni di concorso o gara, così come la partecipazione a organi collegiali consultivi, quali gli organi collegiali scolastici.

Restano altresì salvi gli incarichi e le collaborazioni conferiti a titolo gratuito per la durata non superiore ad un anno, limite questo che, come si vedrà, riguarda oggi i soli incarichi dirigenziali e direttivi, per effetto delle modifiche introdotte all'articolo 5, comma 9, del decreto legge n. 95 del 2012, dall'articolo 17, comma 3, della legge 7 agosto 2015, n. 124.

Con circolare 4/2015 del 10.1.2015, il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione ha fornito ulteriori elementi chiarificatori in *subiecta materia*, in ragione delle modifiche introdotte dall'articolo 17, comma 3, della legge 7 agosto 2015, n. 124.

In particolare, “l’ambito di applicazione del limite annuale di durata e del divieto di proroga o rinnovo è stato ristretto agli incarichi dirigenziali e direttivi. Per gli incarichi di studio o consulenza, nonché per le cariche in organi di governo delle amministrazioni e degli enti da esse controllate, detto limite non è più operante, ferma restando la gratuità”.

3. Posto il superiore *corpus* normativo ed interpretativo, e con specifico riferimento al quesito oggetto di consultazione, si osserva che, a mente di quanto previsto dall'articolo 1 del D.lgs. 8.8.1991, n. 258 (Attuazione delle direttive n. 85/432/CEE, n. 85/433/CEE e n. 85/584/CEE, in materia di formazione e diritto di stabilimento dei farmacisti, a norma dell'art. 6 della legge 30 luglio 1990, n. 212), al farmacista è consentito l'esercizio delle seguenti attività professionali:

- a) preparazione della forma farmaceutica dei medicinali;
- b) fabbricazione e controllo dei medicinali;
- c) controllo dei medicinali in un laboratorio di controllo dei medicinali;
- d) immagazzinamento, conservazione e distribuzione dei medicinali nella fase di commercio all'ingrosso;
- e) preparazione, controllo, immagazzinamento e distribuzione dei medicinali nelle farmacie aperte al pubblico;
- f) preparazione, controllo, immagazzinamento e distribuzione dei medicinali negli ospedali;
- g) diffusione di informazioni e consigli nel settore dei medicinali.

Pertanto, ed indipendentemente dalla circostanza che l'attività farmaceutica venga definita dal Ministero della Salute come “professione sanitaria” e seppure l'attività di dispensazione

al dettaglio dei medicinali costituisca un elemento essenziale del Servizio Sanitario Nazionale¹, non sembra allo scrivente che l'incarico e le specifiche competenze assegnate con il D.D.G. 2523 del 16 ottobre 2018, possano essere sussumibili in alcuna delle attività sopra riportate.

In altri termini, un conto è avvalersi dell'attività professionale che qualifica il sanitario (come ad esempio la preparazione di prodotti galenici, il controllo e la distribuzione di medicinali, piuttosto che la diffusione di informazioni sugli stessi), altro è l'avvalimento delle specifiche conoscenze del farmacista per lo svolgimento di attività non sanitarie *strictu sensu* considerate, come la partecipazione a riunioni, la redazione di capitolati tecnici di gara ecc., che, seppur caratterizzate da una conoscenza in ambito sanitario, sembrano ricadere tra le attività di studio e consulenza (contratto d'opera intellettuale ex art. 2229 c.c.) per le quali la normativa in esame pone divieto, salvo il caso di incarico gratuito.

In tal senso, quindi, ciò che discrimina la prestazione fornita dal consulente, non è la titolarità (*rectius* esercizio) di una professione medica, paramedica o farmaceutica nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, così come disciplinata dall'art. 11 D.P.R. 20.12.1979, n. 761, bensì la somministrazione di una prestazione professionale intellettuale caratterizzata da conoscenze e competenze prodromiche alla redazione di "*schemi di atti amministrativi in ambito sanitario*", così come previsto nel provvedimento di incarico n. 2523 del 16.10.2018.

Nei termini che precedono viene reso il parere richiesto.

Ai sensi dell'art. 15 del regolamento approvato con D.P. Reg. 16 giugno 1998, n. 12, lo Scrivente acconsente alla diffusione del presente parere in relazione ad eventuali domande di accesso, presso codesto Dipartimento, inerenti al medesimo.

Si ricorda poi che, in conformità alla circolare presidenziale n.16586/66.98.12 dell'8 settembre 1998, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere, senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati dello scrivente Ufficio.

F.to Avv. Dario Schelfi *

L'AVVOCATO GENERALE

F.to Gianluigi M. Amico *

*firma autografa sostituita a mezzo stampa, ai sensi dell'art.3 comm2 d.lgs.39/1993

1 La Corte Costituzionale ha affermato, ad esempio, che "i farmacisti [...] a prescindere dalla qualificazione del regime, concessorio o autorizzativo, cui sono sottoposte le farmacie, svolgono indubbiamente un servizio di pubblico interesse" (sent. n. 312 del 1983), e che "*sotto il profilo funzionale, i farmacisti sono concessionari di un pubblico servizio*" (sent. n. 448 del 2006).