

Publicato il 31/12/2020

N. 08543/2020REG.PROV.COLL.
N. 04548/2020 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 4548 del 2020, proposto da AIFA - Agenzia Italiana del Farmaco, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Programmi Sanitari Integrati S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avvocati Riccardo Troiano, Riccardo Valle, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Riccardo Troiano in Roma, piazza della Croce Rossa, n. 2/C;

nei confronti

GMM Farma S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Alfonso Vuolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio

dell'Avvocato Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto, n. 18; Medifarm S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 4711/2020, resa tra le parti, concernente diritto di accesso agli atti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Programmi Sanitari Integrati S.r.l. e di GMM Farma S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2020, che si è svolta in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e presenti gli avvocati delle parti ex art. 4, comma 1, del d.l. n. 28/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Programmi Sanitari Integrati S.r.l., con ricorso r.n.g. 10097/2017, ha impugnato dinanzi al TAR per il Lazio i provvedimenti del 17.7.2017 con cui AIFA ha sospeso la classificazione e il prezzo dei medicinali di importazione parallela della ricorrente, e, con motivi aggiunti, ha impugnato vari atti sopravvenuti, tra cui il provvedimento, notificato il 4.4.2019, con cui AIFA ha rigettato la richiesta di attribuzione ai detti farmaci della classe di rimborsabilità "A" e dello stesso prezzo al pubblico determinato per il medicinale originator corrispondente, nonché i verbali presupposti del Comitato Prezzi e Rimborso dell'AIFA.

2. - In data 5.3.2019, la ricorrente ha presentato, ex artt. 22 e seguenti della

L. 241/1990, domanda di accesso agli atti del procedimento che ha condotto alla stipula tra l'AIFA e le società GMM Farma S.r.l., Medifarm S.r.l. e Mediwin Limited degli accordi negoziali relativi ai medicinali di importazione parallela oggetto delle 37 determine AIFA pubblicate in gazzetta ufficiale tramite le quali è stata attribuita la classe di rimborsabilità "A" a tali farmaci, affermando la necessità della conoscenza degli atti per la difesa in giudizio.

Nelle determine AIFA si dà atto che tra le predette società e l'Agenzia è stato concluso un accordo che prevede la corresponsione da parte delle prime di un payback, aggiuntivo rispetto a quelli previsti per legge.

3. - A fronte del diniego opposto da AIFA con nota del 4.4.2019, P.S.I. S.r.l. ha proposto ricorso ex art. 116 c.p.a., chiedendo l'accertamento del diritto di accesso agli accordi negoziali ed alla relativa documentazione procedimentale e la conseguente condanna dell'AIFA all'esibizione della predetta documentazione.

4. - Con la sentenza impugnata, il TAR ha accolto in parte il ricorso per l'accesso, compensando le spese di giudizio.

Il Tar ha affermato il difetto di interesse della ricorrente alla conoscenza degli accordi stipulati da AIFA con terzi ed ha limitato l'accesso solo agli atti del procedimento, con esclusione degli accordi negoziali.

5. - Con l'appello in esame, AIFA deduce l'erroneità ed ingiustizia della sentenza nella parte in cui ha accolto il ricorso e ne chiede la riforma.

6. - Si è costituita in giudizio Programmi Sanitari Integrati S.r.l. che ha chiesto il rigetto dell'appello.

7. - Si è costituita in giudizio anche la controinteressata GMM Farma S.r.l. che ha chiesto l'accoglimento dell'appello, affermando che in modo illogico e contraddittorio la sentenza appellata ha accolto in parte il ricorso di P.S.I. S.r.l. e che l'accesso consentito pregiudicherebbe, comunque, il diritto alla

riservatezza relativamente agli accordi negoziali stipulati.

GMM Farma s.r.l. eccepisce anche la mancata integrazione del contraddittorio in primo grado nei confronti della Mediwin Limited.

8. - Con ordinanza cautelare n. 3990 del 2 luglio 2020 è stata accolta l'istanza cautelare.

9. - Alla Camera di consiglio del 17 dicembre 2020, a seguito di scambi di memorie, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è fondato.

2. - L'appellante sostiene che la sentenza sarebbe viziata da nullità per difetto di motivazione poiché il TAR non avrebbe spiegato la ragione per la quale, dopo aver negato il diritto della ricorrente PSI S.r.l. di accedere agli accordi negoziali, avrebbe invece disposto l'ostensione della documentazione procedimentale propedeutica alla stipula di detti accordi.

Secondo l'appellante, consentire l'accesso alla documentazione procedimentale equivarrebbe di fatto a dare accesso agli accordi negoziali, con conseguente asserita contraddittorietà del ragionamento seguito dal TAR.

Con altro motivo di appello, AIFA sostiene la carenza di un interesse diretto, concreto ed attuale di P.S.I. S.r.l. ad accedere alla documentazione procedimentale, atteso che la stessa non sarebbe di alcuna utilità per il giudizio pendente innanzi al TAR Lazio (r.g. n. 10097/2017), essendo stati gli accordi negoziali stipulati dall'AIFA con società diverse (GMM Farma S.r.l. e Medifarm S.r.l.).

La circostanza che altre società si sono risolte nel senso di negoziare il proprio prezzo non rileva ai fini della legittimità o meno della scelta di AIFA di negoziare anche il prezzo del prodotto di P.S.I. S.r.l..

L'accesso alla documentazione procedimentale consentirebbe, inoltre,

un'indebita conoscenza da parte di P.S.I. S.r.l. delle “informazioni commerciali” riservate di GMM Farma S.r.l. e di Medifarm S.r.l. ivi contenute.

3. – P.S.I. S.r.l. afferma, di contro, che il TAR ha ritenuto correttamente che sussiste il diritto di accesso alla documentazione procedimentale propedeutica alla stipula degli accordi negoziali con le controinteressate e che la documentazione è “rilevante per la propria difesa in giudizio” proprio perché l'oggetto del giudizio attiene alla verifica della legittimità della pretesa di AIFA di subordinare l'accesso alla Classe “A” dei medicinali di importazione parallela alla conclusione di un accordo negoziale.

Peraltro, proprio in tale giudizio, P.S.I. S.r.l. ha impugnato una nota AIFA del 23.7.2018 nella quale è la stessa Amministrazione ad aver richiamato - a preteso sostegno della richiesta che anche P.S.I. S.r.l. negoziasse con AIFA il prezzo dei propri medicinali - l'avvenuta conclusione in precedenza con GMM Farma S.r.l. e Medifarm S.r.l. degli accordi negoziali oggetto dell'accesso.

E' quindi essenziale per P.S.I. S.r.l. poter conoscere le motivazioni addotte dall'AIFA a preteso sostegno della legittimità del coinvolgimento degli importatori paralleli (come sono sia P.S.I. S.r.l. che GMM Farma S.r.l. e Medifarm S.r.l.) nella negoziazione dei prezzi dei propri medicinali.

P.S.I. S.r.l. eccepisce di non essere affatto interessata alle “informazioni commerciali” di GMM Farma S.r.l. e Medifarm S.r.l., asseritamente contenute nel testo degli accordi negoziali, ma solo alla fase pubblicitica che ha condotto AIFA, a monte, a ritenere percorribile giuridicamente la negoziazione dei prezzi con gli importatori paralleli.

4. - Il Collegio premette che nell'interpretazione dell'art. 22 della l. 241/1990, e specificamente in tema di legittimazione, la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato il carattere strumentale del diritto all'accesso,

consentito soltanto a coloro ai quali gli atti si riferiscono direttamente o indirettamente e, comunque, solo laddove essi se ne possano avvalere per tutelare una posizione giuridicamente rilevante (C.d.S., Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 249).

Ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. b), occorre la sussistenza di una situazione giuridicamente tutelata e, in collegamento a questa, un interesse diretto, concreto e attuale collegato al documento al quale è chiesto l'accesso (cfr. C.d.S., Sez. IV, 13 luglio 2017, n. 3461; Sez. III, 12 marzo 2018, n. 1578; C.d.S., Sez. III, 17 marzo 2017, n.1213).

La legittimazione all'accesso agli atti della P.A. va riconosciuta, pertanto, a chiunque possa dimostrare che gli atti oggetto dell'accesso abbiano spiegato o siano idonei a spiegare effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, anche indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica (C.d.S., Sez. IV, 20 ottobre 2016, n. 4372).

In generale, il diritto di accesso può esercitarsi anche rispetto a documenti di natura privatistica, quali gli accordi, purché concernenti attività di pubblico interesse (C.d.S., Sez. IV, 28 gennaio 2016, n. 326).

Più precisamente, è stata ritenuta legittimata a domandare l'accesso la società farmaceutica che dimostra di competere nel medesimo mercato delle controinteressate imprese farmaceutiche e risente economicamente dei risultati commerciali raggiungibili da queste in forza dell'accordo con AIFA; tuttavia è legittimo negare l'accesso per la conoscenza dell'accordo sulla rimborsabilità e il prezzo relativo ad un farmaco stipulato tra l'industria produttrice e l'AIFA (Agenzia italiana per il farmaco), quando è prevista una clausola di riservatezza (C.d.S., Sez. III, 17 marzo 2017, n. 1213)

4.1 - Il Collegio ritiene, alla luce dei precedenti richiamati, che nel caso in esame, non sussiste l'interesse concreto e attuale di P.S.I. S.r.l. a conoscere

tanto il contenuto degli accordi negoziali intervenuti con società terze, quanto gli atti prodromici alla loro sottoscrizione.

P.S.I. S.r.l., secondo la prospettazione sostenuta in giudizio, ha ritenuto non necessaria la negoziazione dei prezzi dei farmaci di importazione parallela e, dunque, non si comprende come possa rilevare, a fini di difesa, la conoscenza degli accordi conclusi da AIFA con le altre società farmaceutiche e la conoscenza degli atti del relativo procedimento.

4.2. - Peraltro, il contenuto degli atti propedeutici agli accordi negoziali sarebbe, in ogni caso, indicativo delle condizioni negoziali contrattate dalle società concorrenti con il Comitato Prezzi e Rimborso di AIFA.

GMM Farma S.r.l., che ha stipulato gli accordi di negoziazione con l'AIFA, pretende l'osservanza della clausola di riservatezza in essi contenuta, la quale sarebbe vanificata nel caso in cui venisse accordata l'ostensione degli atti del procedimento.

Tale clausola deve ritenersi valida e vincolante in relazione agli interessi commerciali dell'impresa controinteressata, in quanto utile all'ottenimento dei risparmi conseguiti, con la conseguenza della opponibilità ai fini della preclusione all'accesso da parte dell'operatore economico che potrebbe avvalersi a fini concorrenziali della conoscenza delle condizioni economiche praticate.

L'apposizione della clausola di riservatezza operante nei rapporti con le imprese, consente al negoziatore pubblico di tenere celati i risultati economici raggiunti nella negoziazione (C.d.S., sez. III, 17.3.2017, n.1213).

5. - In conclusione, l'appello va accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va rigettato il ricorso ex art. 116 c.p.a. proposto dalla ricorrente in primo grado P.S.I. S.r.l..

6. - Le spese di entrambi i gradi di giudizio si possono compensare tra le parti, in considerazione delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata rigetta il ricorso introduttivo di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

L'ESTENSORE

Paola Alba Aurora Puliatti

IL PRESIDENTE

Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO