Pubblicato il 30/08/2018

N. 00657/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00735/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 735 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Farmacia Sorace Maresca di Silvia e Alessandra Sorace Maresca Snc, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Cristina Gandolfi, Bruno Riccardo Nicoloso, con domicilio eletto presso lo studio Cristina Gandolfi in Bologna, viale Carducci, 17;

contro

Regione Emilia Romagna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Rosaria Russo Valentini, Roberto Bonatti, con domicilio eletto presso lo studio Maria Rosaria Russo Valentini in Bologna, via Marconi 34;

Comune di Castel Maggiore, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Delucca, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via D'Azeglio n. 39;

nei confronti

Alessandra Frisulli, Leo Angelo Fazzi, Maria Marina Carrozzo, Rosanna Vassallo, Calvagna Rosa non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della Deliberazione della Giunta Comunale di Castel Maggiore n. 65 del 20 aprile 2012 recante "potenziamento del servizio di distribuzione farmaceutica di cui all'art. 11 del D.L. n. 1/2012 convertito con Legge n. 27/2012 individuazione della quinta sede";

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 7 marzo 2013:

della determinazione del Direttore Generale Sanità e Politiche sociali dell'Emilia Romagna n. 60 dell'8 gennaio 2013, con cui è stato indetto e approvato il bando di concorso pubblico regionale straordinario per titoli per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche nella Regione Emilia Romagna;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 28 giugno 2016:

della Deliberazione della Giunta Regionale dell'Emilia Romagna 2 maggio 2016 n. 634 relativa alla procedura di assegnazione delle sedi farmaceutiche; della Determinazione dirigenziale della Regione Emilia Romagna 5 maggio 2016 n. 7347 nella parte relativa alla assegnazione della sede n. 5 del Comune di Castel Maggiore nonchè dell'atto presupposto di cui alla Deliberazione della Giunta Regionale dell'Emilia Romagna n. 2083 del 14 dicembre 2015;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati l'1 dicembre 2016:

della Deliberazione della Giunta Comunale di Castel Maggiore n. 117 del 9 settembre 2016 avente ad oggetto "Approvazione definitiva della Pianta organica delle sedi farmaceutiche revisione anno 2016";

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 5 maggio 2017:

della Determinazione n. 19992 del 16 febbraio 2017 della Direttrice Generale Cura della Persona, Salute e Welfare con la quale sono state assegnate le sedi farmaceutiche oggetto del concorso straordinario a seguito della procedura di secondo interpello nonché della Determinazione n. 2644 del 24 febbraio 2017 della Direttrice Generale Cura delle Persona, Salute e Welfare di rettifica di mero errore materiale della determinazione n. 1992/2017;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati l'8 febbraio 2018:

della Determinazione n. 19397 del 30 novembre 2017 del Direttore Generale Cura della persona, salute e Welfare con la quale sono state assegnate le sedi farmaceutiche oggetto del concorso straordinario a seguito della procedura di terzo interpello.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Emilia Romagna e del Comune di Castel Maggiore;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2018 la dott.ssa Jessica Bonetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso e successivi motivi aggiunti la farmacia ricorrente ha impugnato la Deliberazione n. 65 del 2012 della Giunta Comunale del Comune di Castel Maggiore e gli altri atti indicati in epigrafe con i quali, nell'ambito del potenziamento del servizio di distribuzione farmaceutica di cui all'art. 11 del D.L. n. 1 del 2012, l'Ente ha istituito nel proprio territorio la sede farmaceutica n. 5 e ha successivamente indetto e concluso il concorso straordinario per la sua assegnazione, in un'area posta ad est del capoluogo, tale da determinare una riduzione del bacino di utenza della Farmacia Sorace; la ricorrente ha articolato altresì domanda risarcitoria.

Nei propri scritti difensivi ha formulato le seguenti doglianze:

- incostituzionalità dell'art. 11, comma 1 del D. L. n. 1/2012 con riferimento agli artt. 117 e 118 della Costituzione, per avere la normativa di dettaglio introdotta con tale disposizione, conferito ai Comuni il compito di individuare le zone in cui collocare le nuove farmacie, così provocando una invasione delle competenze legislative regionali nella materia della tutela della salute, per la quale è costituzionalmente prevista una competenza concorrente tra Stato e Regioni; in particolare, ad avviso della ricorrente, l'attribuzione ai Comuni di tale compito non rappresenterebbe una norma principio di competenza statale, bensì una illegittima norma di dettaglio che viene ad abrogare la normativa legislativa regionale che aveva conferito alle Regioni (art. 26 L. R. n. 19/1982, sostituito con art. 2 L.R. n. 32/1982), e poi delegato alle Province (art. 185 L.R. n. 3/1999), le funzioni pianificatorie di formazione e revisione della pianta organica;
- incostituzionalità dell'art. 11, comma 1 del D.L. n. 1/2012 in relazione all'art. 97 della Costituzione, sussistendo un conflitto di interessi in capo ai Comuni, titolari, da un lato, della funzione regolatoria del settore farmaceutico ed in particolare del potere di individuare le sedi delle nuove farmacie e, dall'altro, gestori delle farmacie comunali, anche per effetto del diritto di prelazione inizialmente attribuito loro dalla Legge n. 475 del 1968;

- violazione di legge, eccesso di potere, difetto di istruttoria e motivazione per avere l'Ente istituito la sede farmaceutica n. 5 in un'area che non garantisce l'equa distribuzione delle farmacie sul territorio comunale, tenuto conto di quelle già esistenti;

- illegittimità delle modalità d'attribuzione della titolarità delle farmacie attraverso il concorso straordinario indetto, in quanto l'assegnazione *pro indiviso* della titolarità della farmacia ai partecipanti in forma associata al concorso straordinario regionale, si pone in contrasto con la normativa di riferimento in materia, nonché con le previsioni codicistiche in tema di esercizio d'impresa.

Le Amministrazione evocate in giudizio si sono costituite sollevando eccezioni preliminari di carenza di legittimazione attiva e di interesse in capo alla Farmacia Sorace ed hanno contestato nel merito quanto ex adverso dedotto, concludendo, pertanto, per la dichiarazione di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti, ovvero per la loro reiezione.

All'esito del giudizio, sulla base delle difese assunte dalle parti, dei principi applicabili alla materia e dei precedenti giurisprudenziali, anche di questo Tribunale, l'impugnazione va respinta, assorbita ogni eccezione preliminare.

Al fine di inquadrare la problematica in discussione, va preliminarmente evidenziato che la scelta operata dal Legislatore con la riforma introdotta dall'art. 11 D.L. 1/2012 di demandare al Comune l'individuazione delle zone del territorio comunale dove insediare le nuove farmacie, risulta conseguenza della ritenuta necessità che queste ultime vengano scelte in base alle specifiche esigenze della comunità di riferimento e, quindi, non solo in relazione alla presenza o meno di altre sedi nella zona, ma altresì in forza di altri elementi che, nel complesso, facciano ritenere concretamente utile per i cittadini l'apertura di una nuova farmacia in quell'area, da parte dell'Ente locale più vicino agli stessi e, quindi, maggiormente in grado di rappresentarne i bisogni e adottare le decisioni che ne garantiscono il soddisfacimento.

Parte ricorrente censura tale scelta, lamentandone l'incostituzionalità innanzitutto con l'art. 117 della Costituzione perché, a suo dire, rientrando la disciplina dell'organizzazione del servizio farmaceutico nella materia concorrente della tutela della salute, il legislatore nazionale con il D.L. n. 1/2012 non avrebbe dovuto spingersi fino all'attribuzione in via

esclusiva ai Comuni della competenza a istituire ed individuare le nuovi sedi farmaceutiche, senza alcuna interposizione della legislazione regionale.

La doglianza risulta priva di pregio, avendo la Corte Costituzionale con la sentenza n. 255 del 2013 affermato la piena legittimità della scelta legislativa in questione, sul presupposto che nell'organizzazione dei servizi farmaceutici, materia rientrante nella materia della tutela della salute (ex multis, sentenze n. 231 del 2012, n. 150 del 2011, n. 295 del 2009 e n. 87 del 2006) di competenza concorrente dello Stato e delle Regioni ai sensi dell'art. 117 comma terzo Costituzione, "i criteri stabiliti dalla normativa statale relativi all'organizzazione dei servizi farmaceutici e agli illeciti e alle sanzioni amministrative nella vendita dei farmaci costituiscono principi fondamentali in materia di tutela della salute" (sentenze n. 231 del 2012, n. 150 del 2011, n. 295 del 2009, n. 87 del 2006, n. 352 del 1992, n. 177 del 1988, sentenza n. 361 del 2003) e la decisione di attribuire ai Comuni il compito di individuare le zone in cui collocare le farmacie risponde a due ragionevoli esigenze: la prima, di "assicurare un'equa distribuzione sul territorio, tenendo anche conto, ma non solo, dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico ai cittadini residenti in aree scarsamente abitate" (esigenza connessa ai compiti di pianificazione urbanistica attribuiti ai Comuni in quanto enti appartenenti a un livello di governo più vicino ai cittadini); la seconda, di assegnare l'individuazione e la localizzazione delle sedi farmaceutiche, da una parte, e la funzione di revisione della pianta organica (art. 5, comma 1, della legge n. 362 del 1991) e il potere sostitutivo (comma 9 dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012), dall'altra, a Enti diversi (Corte Costituzionale sentenza n. 255 del 2013).

Del pari priva di pregio è l'altra eccezione di incostituzionalità sollevata dal ricorrente ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, per l'asserito conflitto di interessi sussistente in capo ai Comuni, contemporaneamente chiamati ad individuare le nuove farmacie da aprire sul territorio e titolari delle farmacie comunali già esistenti.

Invero, anche su tale questione la giurisprudenza ha già avuto modo di pronunciarsi, ritenendo ragionevole la scelta di demandare ai Comuni la competenza esclusiva in materia di localizzazione delle farmacie sul territorio, in quanto finalizzata ad assicurare un ordinato assetto del territorio, corrispondente agli effettivi bisogni della collettività locale (Consiglio Stato, sentenza n. 1658/2016), così come avvenuto con riguardo alla gestione

dei servizi di interesse generale, anche in regime di mercato e concorrenza, già da tempo affidata ai Comuni, pur titolari di rilevanti competenze di regolamentazione dello stesso settore di servizi (Consiglio Stato, sentenza n. 3716/2016; n. 5542/2014).

Sul punto, si è infatti avuto modo di rilevare, non solo la coerenza di detta competenza esclusiva con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, co 1 Cost., ma soprattutto la concreta insussistenza di un conflitto di interessi in capo ai Comuni (Consiglio di Stato n. 1254 del 2018), tenuto conto anche del fatto che il servizio farmaceutico è solo in piccola parte sottoposto alle regole del libero mercato e il legislatore nazionale ha dettato numerosi parametri che vincolano i Comuni nell'individuazione delle nuove farmacie, così limitandone in misura significativa la discrezionalità esercitata (Consiglio di Stato, n. 4667/3013; TAR Emilia Romagna Parma n. 252/2013; TAR Lazio, Roma, II bis, n. 3828/2013).

Circa, invece, il lamentato vizio di eccesso di violazione di legge, eccesso di potere, difetto di istruttoria e motivazione per avere l'Ente istituito la sede farmaceutica n. 5 in un'area che non garantirebbe, ad avviso della ricorrente, un'equa distribuzione delle farmacie sul territorio comunale, va preliminarmente richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale che ravvisa un'ampia discrezionalità in capo al Comune nel determinare la dislocazione sul territorio delle sedi farmaceutiche, dovendo l'Ente operare in materia da garantire un delicato bilanciamento di interessi diversi della popolazione, attuale e potenziale, con conseguente sindacabilità della scelta solo nei casi di manifesta irragionevolezza e totale carenza di istruttoria(Consiglio di Stato, sentenza n. 2652 del 2018).

Nel caso in esame, le ipotesi appena menzionate, ad avviso del Collegio, non risultano ravvisabili, con conseguente legittimità dell'operato del Comune.

Invero, la sede individuata dall'Ente ha ottenuto i pareri conformi dell'Ordine dei Farmacisti e dell'Asl, organismi portatori di interessi generali e non meramente individuali come quello fatto valere in giudizio dalla ricorrente, elemento sintomatico della correttezza della scelta operata; né può sostenersi, come vorrebbe la Farmacia Sorace, che nell'istituzione delle nuove sedi farmaceutiche il Comune debba sempre preferire una sede periferica e poco popolata, piuttosto che una sede ubicata in una zona con forte presenza

di cittadini sostenuta dalla ricorrente, dovendo piuttosto l'Ente prediligere il luogo più utile ai cittadini nel complesso, con conseguente ragionevolezza della scelta fatta ricadere su un'area di ampio sviluppo urbanistico e densamente popolata.

Infine, quanto alle doglianze concernenti le modalità di assegnazione delle farmacie mediante il concorso straordinario, ne va evidenziata l'infondatezza nel merito, in considerazione della "straordinarietà" della procedura concorsuale seguita, caratterizzata dall'aver consentito la partecipazione in forma associata di più farmacisti, rappresentanti in realtà un unico centro di interessi, con conseguente necessità di rilasciare un'unica autorizzazione *pro indiviso*, e cioè, *pro quota* a ciascuno di essi personalmente, salvo il divieto per ciascuno dei candidati associati, di cedere o trasferire ad altri la propria quota di autorizzazione a pena di decadenza dell'intera autorizzazione anche nei confronti degli altri componenti del gruppo, in modo da salvaguardare, da un lato, il principio di personalità dell'autorizzazione e, dall'altro, di rendere possibile la partecipazione al concorso in forma associata, cumulando i titoli (Consiglio di Stato, sentenza n. 2569/2018).

Né risultano ravvisabili le prospettate violazioni della normativa civilistica che disciplina l'attività d'impresa o dell'art. 7 l. n. 362/1991, atteso che tali disposizioni attengono ai profili di gestione della farmacia da parte di società (si parla, infatti, di titolarità "dell'esercizio" della farmacia) e non, invece, agli aspetti connessi all'autorizzazione all'apertura (c.d. titolarità "della farmacia", intesa come "autorizzazione ex art. 112 TULS, utilizzata ad esempio nell'art. 8 l. n. 362/1991 e nell'art. 11 comma 3 d.l. n. 1/2012).

Sulla base di tutti i motivi esposti, pertanto, l'impugnazione e la connessa domanda risarcitoria vanno respinte.

Le spese di lite seguono la soccombenza, liquidate come in dispositivo, in favore di ciascuna parte costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- respinge il ricorso e i motivi aggiunti;

- condanna la ricorrente alla rifusione delle spese di lite, liquidate in € 6.000,00 oltre accessori di legge per ciascuna parte costituita.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere

Jessica Bonetto, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Jessica Bonetto

IL PRESIDENTE
Giancarlo Mozzarelli

IL SEGRETARIO