

Pubblicato il 30/04/2019

N. 02804/2019REG.PROV.COLL.

N. 08017/2018 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 8017 del 2018, proposto da Farmacia Fabbri della Societa' Iniziative Celadon dei dottori Celadon Valeriano, Michele e Lucio s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Laura Giordani, Cristina Gandolfi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Emilia Romagna, Comune di Granarolo dell'Emilia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Maria Rosaria Russo Valentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Grazioli 5;

nei confronti

Le Pera Letizia, Angelico Valeria, Cundari Alfredo, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 00659/2018, resa tra le parti, concernente localizzazione nuova sede farmaceutica – concorso regionale straordinario per assegnazione della nuova sede;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Emilia Romagna e di Comune di Granarolo dell'Emilia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2019 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Cristina Gandolfi e Maria Rosaria Russo Valentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia origina dalla deliberazione n. 53/2012, con cui il Comune di Granarolo dell'Emilia, in applicazione dell'art. 11 del d.l. 1/2012, ha istituito la nuova sede farmaceutica n. 3 - in un'area posta ad est del capoluogo in grado di determinare una riduzione del bacino di utenza della Farmacia Fabbri, odierna appellante - e dagli atti regionali con cui è stato indetto e concluso il concorso straordinario per la sua assegnazione.

2. L'impugnazione di detti provvedimenti dinanzi al TAR Emilia Romagna da parte della Farmacia Fabbri è stata respinta con la sentenza appellata (II, n. 659/2018).

Il TAR, in particolare:

- ha ritenuto infondate, richiamando i precedenti, le censure di incostituzionalità dell'attribuzione ai Comuni del compito di individuare le zone in cui collocare le nuove farmacie, sollevate dalla ricorrente sotto i profili dell'estromissione della potestà regionale in materia di tutela della salute, in violazione dell'art. 117 Cost. (cfr., di contro, Corte Cost. n. 255/2013), nonché della irragionevolezza

dell'allocazione, in presenza di un conflitto di interessi, in violazione dell'art. 97 Cost. (cfr., di contro, Cons. Stato, III, nn. 1658/2016, 3716/2016, 5542/2014, 1254/2018, 4667/2013);

- ha sottolineato l'ampia discrezionalità del Comune nel determinare la dislocazione sul territorio delle sedi farmaceutiche, dovendosi 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 (cfr., da ultimo, Cons. Stato, III, n. 2652/2018), e la mancanza di simili vizi nel provvedimento comunale impugnato;

- ha sottolineato la "straordinarietà" della procedura concorsuale seguita per l'assegnazione delle farmacie, 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 (cfr. Cons. Stato, III, n. 2569/2018); aggiungendo che ciò non contrasta con la disciplina civilistica dell'attività d'impresa o con l'art. 7 della legge 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 del TULS, utilizzata ad esempio negli artt. 8 della legge 362/1991 e 11, comma 3, del d.l. 1/2012).

4. Nell'appello, viene prospettato che:

(a) – erroneamente il TAR ha fatto riferimento all'ampia discrezionalità del Comune nella dislocazione delle nuove sedi farmaceutiche, senza considerare che dalla giurisprudenza emerge che la ratio dell'art. 11 del d.l. 27/2012 mira ad aumentare la presenza orizzontale sul territorio del servizio farmaceutico, garantendo l'accessibilità anche ai cittadini residenti in zone scarsamente abitate, mentre appare secondario il criterio legato al rapporto tra popolazione e numero di sedi;

- in questa prospettiva, l'esistenza di una zona con soltanto un dispensario avrebbe dovuto orientare verso di essa la localizzazione (nel dispensario non è possibile ottenere un preparato galenico, un medicinale SOP ovvero OTC, ed è soggetto a limitazioni anche in termini di turni ed orari di servizio);

- tant'è vero, che la sede n. 3, dopo tre interPELLI, non è stata ancora accettata dagli assegnatari;

(b) – la contitolarità pro indiviso del diritto di esercizio in capo ai farmacisti graduati in associazione, affermata dal TAR quale conseguenza della eccezionalità del concorso straordinario introdotto una tantum dall'art. 11, non è supportata da alcuna norma e contrasta sia con l'ordinamento civilistico (che non consente una comunione di godimento di un'impresa – art. 2228, in riferimento agli artt. 2247 e 2555 c.c. – ma ne impone la trasformazione in una società di fatto al primo atto di gestione – cfr. Cass. civ., I, n. 3195/1997), sia con l'ordinamento sezionale, che impone la biunivocità tra diritto di esercizio delle farmacie private e gestione dell'azienda organizzata in forma d'impresa per il relativo esercizio (art. 11, comma 1, legge 362/1991) e per il loro trasferimento negoziale unitario, condizionato al riconoscimento amministrativo (art. 12, commi 3 e 12, legge 475/1968);

(c) – in ogni caso, è illogica la condanna alle spese disposta dal TAR, per ben 6.000 euro, considerate la complessità ed opinabilità delle questioni applicative della normativa affrontate.

5. Il Comune di Granarolo si è costituito in giudizio ed ha controdedotto puntualmente, in particolare sottolineando le ragioni poste alla base della localizzazione

6. Anche la Regione Emilia Romagna si è costituita in giudizio ed ha controdedotto puntualmente, anche eccependo che la farmacia non ha legittimazione a censurare le modalità di assegnazione e gestione della sede n. 3, non avendo partecipato al concorso straordinario.

7. Le parti hanno depositato memorie conclusive e repliche.

8. Il Collegio osserva anzitutto che il TAR ha richiamato, a supporto della sua decisione, precedenti giurisprudenziali pertinenti.

8.1. Le ragioni esternate a supporto della contestata localizzazione della nuova sede n. 3 nel capoluogo, anziché nella zona servita dal dispensario, sono reali e consistenti (riguardando: l'entità della popolazione, il suo incremento recente, la previsione di nuovi insediamenti, l'ubicazione dei servizi sanitari, l'esistenza di agevoli collegamenti dalle due frazioni pretermesse) e, tenuto conto dei limiti del sindacato giurisdizionale, sottraggono la scelta impugnata alle censure dedotte.

L'appellante invoca un precedente di questa Sezione (Cons. Stato, III, n. 2539/2017) che afferma l'importanza prevalente del criterio localizzativo c.d. orizzontale (o geografico), ma si tratta di un'affermazione (peraltro, non diffusamente motivata) nell'ambito di una controversia decisa in base ad altre considerazioni, e comunque appare prevalente l'orientamento sopra ricordato, che richiede una valutazione di tutti gli aspetti rilevanti, finalizzata alla ricerca dell'equilibrato assetto distributivo delle farmacie sul territorio.

La scarsa appetibilità in concreto della nuova sede, d'altro canto, non può assumere alcun particolare significato, mancando la possibilità di comparazione con le localizzazioni alternative ipotizzate.

8.2. Il secondo ordine di censure, rivolto nei confronti del concorso straordinario, appare di dubbia ammissibilità, posto che l'appellante non ha partecipato al concorso straordinario per l'assegnazione della sede ed invoca le disposizioni a tutela della concorrenza nei confronti del nuovo esercizio. Ciò, in astratto, potrebbe supportare l'interesse al ricorso, ma tuttavia l'appellante non argomenta perché la titolarità pro-indiviso dei farmacisti concorrenti in forma associata possa comportare una lesione della propria situazione soggettiva (non essendo in dubbio che l'esercizio della farmacia, poi, possa avvenire in forma di società di persone e, ormai, anche di società di capitali). L'appellante, sul punto, invoca il formarsi di un giudicato, che tuttavia non sussiste, avendo il TAR semplicemente assorbito l'eccezione dedotta dalla Regione.

In ogni caso, nel merito, occorre convenire con il TAR (e la Regione Emilia Romagna) che la soluzione della titolarità pro-indiviso è l'unica (finora prospettata) in grado di conciliare la partecipazione associata, anche ai fini della gestione in forma imprenditoriale societaria consentite dalla normativa speciale (art. 11 del d.l. 1/2012) con il principio di personalità della titolarità dell'autorizzazione di carattere sanitario (ex art. 112 del TULSS di cui al r.d. 1265/1934).

In questo senso è il precedente richiamato dal TAR (Cons. Stato, III, n. 2569/2018, che richiama Comm. Spec. n. 69/2018 – conforme alla nota Min. salute 19 novembre 2014; mentre invece, Cons. Stato, III, n. 4128/2015, invocata dall'appellante, non appare conferente al tema).

In particolare, nel citato parere n. 69/2018 (v., in particolare, § 29), è stato affermato che la Regione, all'esito del concorso straordinario, è tenuta ad assegnare anche formalmente la titolarità della farmacia a quegli stessi farmacisti persone fisiche, che hanno a tale titolo partecipato al concorso straordinario (seppure nella forma della "gestione associata"), salvo il diritto/dovere, in capo ad essi, di gestire l'attività imprenditoriale farmaceutica in forma collettiva secondo le sole modalità consentite

dall'ordinamento (art. 7, comma 1, della legge 362/1991, novellato dalla legge 124/2017).

Del resto, già il TAR, nella sentenza appellata, nel disattendere le censure di violazioni della normativa civilistica che disciplina l'attività d'impresa o dell'art. 7 della legge 362/1991, ha sottolineato 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)”.

8.3. Infine, la condanna alle spese disposta in primo grado segue il principio generale della soccombenza, e non è stato dimostrato che ecceda quanto risulterebbe spettante in applicazione delle tabelle professionali.

Pertanto, anche sotto questo aspetto, la sentenza appellata si sottrae alle censure dedotte.

9. Si ravvisano i presupposti per disporre la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere