

FATTO e DIRITTO

1. - Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Puglia, sede di Bari, i ricorrenti, titolari di due farmacie site nel Comune di S. Severo, hanno impugnato la delibera della Giunta Comunale di San Severo (FG) n. 134 del 23 Aprile 2012, con cui sono state individuate le tre nuove sedi farmaceutiche da istituirsi ai sensi dell'art. 11 del decreto legge n. 1 del 24.01.2012, convertito in L. n. 27 del 24.03.2012.

Con tale ricorso hanno impugnato, inoltre, la deliberazione della Giunta Regionale Puglia n. 1261 del 19.06.2012, pubblicata sul B.U.R.P. dell'11.07.2012, avente ad oggetto "Adempimenti legge 27 del 24.03.2012 art. 11. Identificazione zone nuove sedi farmaceutiche da istituire e relative zone di ubicazione", nonché vari atti prodromici e consequenziali.

Nel ricorso hanno lamentato, in estrema sintesi, vizi procedimentali e doglianze di difetto di motivazione e di irragionevolezza in ordine alla localizzazione delle nuove sedi farmaceutiche.

2. - Con il successivo ricorso per motivi aggiunti hanno censurato, invece, la determinazione dirigenziale n. 39 del 1.2.2013 della Regione Puglia (e gli atti connessi) di indizione del bando di concorso straordinario per soli titoli per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione, deducendo il vizio di illegittimità derivata.

3. - Con la sentenza n. 456 del 2014 il TAR ha respinto il ricorso ed i successivi motivi aggiunti.

4. - Avverso tale decisione i ricorrenti hanno proposto appello denunciando plurimi motivi di impugnazione e chiedendo l'integrale riforma della sentenza di primo grado.

4.1 - Si sono costituiti in giudizio sia il Comune di San Severo che la Regione Puglia che hanno dedotto profili di inammissibilità del ricorso chiedendone il rigetto.

4.2 - Hanno spiegato intervento ad opponendum i dott.ri OMISSIS (divenuti titolari della sede farmaceutica n. 16 di nuova istituzione) e le DooMISSIS (titolari della farmacia n. 15 di nuova istituzione) che hanno eccepito profili di inammissibilità dell'impugnazione ed hanno concluso chiedendo il rigetto dell'appello.

In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno depositato scritti difensivi a sostegno delle rispettive tesi.

5. - All'udienza pubblica del 24 maggio 2018 l'appello è stato trattenuto in decisione.

6. - L'appello è infondato e va, dunque, respinto.

6.1 - In via preliminare occorre dare atto che nella memoria di replica del 3 maggio 2018 gli appellanti hanno dichiarato di non aver ricevuto dalla segreteria (per errore di indirizzo) l'avviso di fissazione dell'udienza pubblica; nondimeno essi hanno dichiarato di aver avuto cognizione della data dell'udienza pubblica e di aver preferito svolgere le proprie tesi difensive nella memoria di replica (essendo nei termini) anziché chiedere il rinvio della causa. Hanno quindi partecipato all'udienza pubblica.

Ne consegue che l'omessa ricezione dell'avviso di udienza non ha avuto alcuna incidenza sul diritto di difesa degli appellanti, in quanto l'atto, ancorché invalido, ha comunque raggiunto lo scopo.

6.2 - Sempre in via preliminare è opportuno rilevare che sono stati sollevati molteplici profili di inammissibilità dai quali, però, ritiene il Collegio di poter prescindere, tenuto conto dell'infondatezza, nel merito, dell'appello.

7. - Prima di procedere alla trattazione delle doglianze, il Collegio ritiene necessaria una breve ricostruzione della riforma del settore farmaceutico, introdotta dall'art. 11, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, con la L. 24 marzo 2012, n. 27, in attuazione della quale è stata adottata la delibera di Giunta n. 113 del 17 aprile 2012.

Com'è noto la legislazione statale, con l'art. 1, l. 2 aprile 1968, n. 475, detta la disciplina del

contingentamento delle sedi farmaceutiche, individuando una specifica proporzione (una farmacia ogni 3.300 abitanti).

Il successivo art. 2, l. n. 475 del 1968 si occupa dell'individuazione delle nuove sedi farmaceutiche e della loro localizzazione, demandandone i relativi compiti ai Comuni, ed è stato novellato dall'art. 11, d.l. n. 1 del 2012, nell'ottica della liberalizzazione del servizio farmaceutico.

La giurisprudenza di questa Sezione (a partire dalla sentenza 3 aprile 2013, n. 1858) ha affermato che, sebbene la nuova legge non faccia riferimento alla pianta organica, compete comunque al Comune "la formazione di uno strumento pianificatorio che sostanzialmente, per finalità, contenuti, criteri ispiratori ed effetti corrisponde alla vecchia pianta organica e che niente vieta di chiamare con lo stesso nome".

Tale principio è stato riaffermato nella successiva decisione di questa Sezione del 31 dicembre 2015, n. 5884, nella quale si è precisato che il Comune deve comunque individuare le zone di pertinenza delle singole sedi farmaceutiche.

Nondimeno la stessa Sezione Terza (sentenza del 3 novembre 2016, n. 4614) ha ritenuto che la finalità di garantire l'accessibilità degli utenti al servizio distributivo dei farmaci non può significare che occorra procedere all'allocazione delle nuove sedi di farmacia in zone disabitate o del tutto sprovviste (di farmacie), né può significare che debba essere evitata la sovrapposizione geografica e demografica con le zone di pertinenza delle farmacie già esistenti, essendo, invece, fisiologica e del tutto rispondente alla ratio della riforma (art. 11, d.l. n. 1 del 2012) l'eventualità che le nuove zone istituite dai Comuni o dalle Regioni incidano sul bacino d'utenza di una o più sedi preesistenti. La riforma, in altri termini, vuole realizzare l'obiettivo di assicurare un'equa distribuzione sul territorio e, solo in via aggiuntiva, introduce il criterio che occorre tener altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate (Cons. Stato, sez. III, 4 ottobre 2017, n. 4629).

Come chiarito dalla Sezione (sentenza del 24 gennaio 2018, n. 475; 22 novembre 2017, n. 5446) lo scopo della previsione normativa, di cui all'art. 1, d.l. n. 1 del 2012, non è quello del massimo decentramento delle sedi farmaceutiche, a rischio di istituire nuove sedi che non abbiano una zona di competenza tale da garantirne la sopravvivenza, ma di aumentare l'accessibilità all'assistenza farmaceutica in favore del maggior numero di abitanti possibile. La finalità-esigenza di poter servire adeguatamente aree isolate e/o scarsamente abitate va, quindi, necessariamente coniugata con quella di garantire la maggiore accessibilità al servizio farmaceutico da parte della maggioranza degli abitanti del Comune, in un'ottica complessiva che considera l'intero territorio comunale, rispetto al quale, in concreto, va compiuta la valutazione sul grado di accessibilità all'assistenza farmaceutica.

Va anche ricordato che, nell'organizzazione della dislocazione territoriale del servizio farmaceutico, il Comune gode di ampia discrezionalità in quanto la scelta conclusiva si basa sul bilanciamento di interessi diversi attinenti alla popolazione, attuale e potenzialmente insediabile, alle vie e ai mezzi di comunicazione, per cui la scelta conclusiva è sindacabile solo sotto il profilo della manifesta illogicità ovvero della inesatta acquisizione al procedimento degli elementi di fatto presupposto della decisione (Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2562; id. 22 novembre 2017, n. 5446; id. 30 maggio 2017, n. 2557).

L'Amministrazione deve perseguire l'interesse pubblico alla più funzionale collocazione della farmacia nel territorio comunale garantendo la capillarità del servizio; inoltre le valutazioni discrezionali rese dal Comune sono sindacabili solo limitatamente da parte del giudice amministrativo, al quale è precluso di sostituire la propria valutazione di opportunità a quella resa dall'Amministrazione comunale.

Ed invero, la scelta del legislatore statale di attribuire ai Comuni il compito di individuare le zone in cui collocare le farmacie risponde all'esigenza di assicurare un ordinato assetto del territorio, corrispondente agli effettivi bisogni della collettività alla quale concorrono plurimi fattori diversi dal numero dei residenti, quali in primo luogo l'individuazione delle maggiori necessità di fruizione del servizio che si avvertono nelle diverse zone del territorio, il correlato esame di situazioni ambientali, topografiche e di viabilità, le distanze tra le diverse farmacie, le quali – come si è detto – sono frutto di valutazioni ampiamente discrezionali, come tali inerenti all'area del merito amministrativo, rilevanti ai fini della legittimità soltanto in presenza di chiare ed univoche figure sintomatiche di eccesso di potere, in

particolare sotto il profilo dell'illogicità manifesta e della contraddittorietà (cfr., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 22 marzo 2017, n. 1305; Cons. Stato Sez. III, 22-11-2017, n. 5443; Cons. Stato Sez. III, 22-11-2017, n. 5446; Cons. Stato Sez. III, 30-05-2017, n. 2557).

Peraltro, l'interesse commerciale dei farmacisti già insediati - destinato ad essere sacrificato per effetto dell'applicazione di una disposizione che, come quella di cui all'art. 1, comma 2, l. n. 475 del 1968, persegue una chiara finalità di stimolo della concorrenza, promuovendo l'incremento degli esercizi farmaceutici mediante un meno stringente parametro demografico - deve essere preso in considerazione dall'Amministrazione ai fini del compimento di una scelta equilibrata e ragionevole, fermo restando però che, secondo i principi generalmente applicati laddove venga in rilievo l'esercizio di un potere di matrice discrezionale, l'interesse patrimoniale del privato è destinato a recedere ove si dimostri che è incompatibile con il prevalente perseguimento dell'interesse pubblico (Cons. Stato, sez. III, 24 gennaio 2018, n. 475).

Vanno dunque riaffermati i principi già espressi dalla Sezione secondo cui non "può pretendersi che tale nuova sede venga localizzata, necessariamente, in una zona periferica, lontana il più possibile dalla sede della farmacia "storica" del paese, al fine di al fine di ridurre al massimo lo sviamento di clientela (che comunque si verifica in ogni caso.....): la giurisprudenza di questa Sezione ha avuto modo di evidenziare che, la c.d. liberalizzazione delle farmacie, perseguita dal D.L. n. 1 del 2012, non comporta che il Comune preveda l'allocazione delle nuove farmacie con priorità nelle zone scarsamente abitate, ma che realizzi l'obiettivo "di assicurare un'equa distribuzione sul territorio" e, solo in via aggiuntiva, introduce il criterio aggiuntivo che occorre tener " altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate (cfr. Cons. Stato Sez. III, 04-10-2017, n. 4629).

Come ha più volte rilevato questa Sezione, lo scopo della norma non è quello di garantire ai titolari di una sede farmaceutica una rendita di posizione, ma quella di garantire l'efficacia del servizio farmaceutico nei confronti della popolazione, la cui valutazione non può che essere riservata al potere discrezionale della competente autorità.

Svolte queste premesse è possibile procedere ad esaminare le doglianze proposte.

8. - Con il primo motivo di appello lamentano gli appellanti la violazione dell'art. 112 c.p.c. e dell'art. 88 c.p.a., in quanto il primo giudice avrebbe omissso di pronunciarsi sulle censure di carattere procedimentale, poi riproposte nel secondo e terzo motivo di appello, oggetto di successivo esame.

Relativamente al prospettato vizio ex art. 112 c.p.c., la giurisprudenza consolidata del giudice di appello (Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5711; id. 17 ottobre 2017, n. 4796) - che la Sezione condivide e fa propria - ha affermato che l'omessa pronuncia, da parte del giudice di primo grado, su censure e motivi di impugnazione costituisce tipico errore di diritto per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, deducibile in sede di appello sotto il profilo della violazione del disposto di cui all'art. 112 c.p.c., che è applicabile al processo amministrativo (Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2006, n. 98) con il correttivo a più riprese affermato, secondo il quale l'omessa pronuncia su un vizio del provvedimento impugnato deve essere accertata con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, cosicché essa può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile (Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009).

Peraltro, l'omessa pronuncia su una o più censure proposte con il ricorso giurisdizionale non configura un error in procedendo, tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado ex art. 105, comma 1, c.p.a., ma solo un vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato ad eliminare, integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo sul merito della causa (Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5711; id. 17 ottobre 2017, n. 4796).

Non rientrando l'omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado su un motivo del ricorso, nei casi tassativi di annullamento con rinvio, ne consegue che, in forza del principio devolutivo (art. 101, comma 2 c.p.a.), il Consiglio di Stato decide, nei limiti della domanda riproposta, anche sui motivi di

ricorso non affrontati dal giudice di prime cure (Cons. Stato, sez. III, 7 febbraio 2018, n. 782; Cons. Stato., sez. V, 29 dicembre 2017, n. 6158).

9. - Passando ad esaminare le successive doglianze, ritiene il Collegio di dover sovvertire l'ordine di esame dei motivi di ricorso essendo prioritaria, per ragioni logiche, la disamina del quarto motivo di appello, relativo alla scelta localizzativa effettuata dal Comune di San Severo con riferimento alle tre sedi farmaceutiche di nuova istituzione (nn. 15, 16 e 17).

Il primo giudice ha respinto la doglianza rilevando, sinteticamente, "la irrilevanza dei dati meramente populativi e delle questioni relativi ad una eventuale sovrapposizione territoriale", ricordando che la finalità della legge non è "quella di prevedere una riserva di territorialità localizzativa o di bacino di utenza in favore delle sedi farmaceutiche preesistenti, attesa la prevalenza dell'interesse pubblico rispetto all'interesse recessivo del privato" alla luce del chiaro disposto normativo.

In sostanza, il TAR ha richiamato, anche se in modo assai succinto, i principi giurisprudenziali ai quali si è fatto cenno in precedenza.

10. - Con il quarto motivo di appello gli appellanti hanno criticato tale statuizione sostenendo che le tre nuove sedi sarebbero state localizzate in violazione del criterio di equa distribuzione sul territorio delle sedi farmaceutiche, andando a gravare esclusivamente su ambiti territoriali già saturi e comunque ridotti (quali sarebbero quelli in cui sono insediate le farmacie appellanti), pur in presenza di aree di espansione sguarnite di adeguato servizio farmaceutico.

10.1 - Tale doglianza è infondata alla luce dei principi evincibili dalla giurisprudenza della Sezione già richiamati, tenendo conto della concreta situazione fattuale.

Nella delibera della Giunta Comunale impugnata, il Comune di San Severo ha dichiarato di aver operato la scelta localizzativa facendo applicazione dei principi normativi dell'equa distribuzione sul territorio, garantendo l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini che risiedono in aree scarsamente abitate.

Per attuare tali finalità ha collocato i tre nuovi esercizi in posizione periferica e decentrata rispetto all'abitato: in questo modo, ha evitato la concentrazione degli esercizi farmaceutici nella zona centrale della città, servendo le zone periferiche anche in previsione di una possibile successiva espansione dell'abitato.

Ciò si evince in modo palese dalla disamina della cartografia (indicata con la lettera B nella deliberazione della Giunta Comunale n. 134/2012), riprodotta dalle intervenienti dott.sse Di Candia e Perrone, assegnatarie della Farmacia n. 15, nella loro memoria difensiva del 23 aprile 2018.

Le tre nuove sedi sono poste ai margini dell'abitato, in zone periferiche e si collocano a raggiera rispetto al nucleo centrale della città: la disamina della planimetria dimostra l'insussistenza di evidenti vizi di illogicità ed irragionevolezza nella scelta discrezionale operata dal Comune di San Severo, tanto più che non vi è prova della "saturazione" delle zone nella quale sono state collocate le nuove sedi farmaceutiche, né dell'insufficienza del bacino di utenza.

Secondo la giurisprudenza della Sezione, infatti, "il rapporto numerico farmacie/abitanti previsto dall'art. 1 L. n. 475/1968 è indicato per individuare il numero massimo di autorizzazioni che l'Amministrazione può assentire e non per garantire al titolare di ciascuna sede profitti di un determinato livello (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 2/5/2016 n. 1659).

10.2 - Non viene posto in discussione il mancato rispetto della distanza di m. 200 tra le nuove sedi farmaceutiche e quelle delle appellanti, ed anzi dalla documentazione prodotta in giudizio dalle intervenienti Dott.sse Coppolella e Fanelli Raffaele e Maria Cristina (cfr. doc. nn. 1, 2, 3, 4, 5 e 6) si evince che l'ubicazione concreta delle tre nuove sedi farmaceutiche dista quantomeno 700 m. dalle sedi delle farmacie appellanti.

Occorre poi considerare che, come già rilevato dalla Sezione nella propria giurisprudenza, "La delimitazione delle zone assolve alla funzione di vincolare l'esercente a mantenere il suo esercizio

all'interno del perimetro assegnato alla farmacia e non anche a dislocare le singole unità farmaceutiche secondo la regola della corrispondenza esatta di una farmacia ogni 3.300 residenti nella zona di riferimento, talchè alla realizzazione dell'equa distribuzione concorrono plurimi fattori diversi dal numero dei residenti, quali in primo luogo l'individuazione delle maggiori necessità di fruizione del servizio che si avvertono nelle diverse zone del territorio, le correlate valutazioni di situazioni ambientali, topografiche e di viabilità, le distanze tra le diverse farmacie, le quali sono frutto di valutazioni ampiamente discrezionali, come tali inerenti l'area del merito amministrativo (Cons. Stato, Sez. III, 28/2/2018 n. 1254; 20/3/2017 n. 1250).

10.3 - Infine, deve convenirsi con le intervenienti che la scelta operata dal Comune di San Severo non si appalesa illogica neppure in relazione alla mancata valorizzazione dei programmi di espansione e sviluppo urbanistico-edilizio approvati anni addietro: la localizzazione delle sedi di nuova istituzione, infatti, deve tener conto della situazione abitativa attuale e non di quella futura e gli appellanti non hanno fornito sufficienti elementi di prova dai quali evincere circa l'effettiva realizzazione di tali nuovi insediamenti abitativi.

Ne consegue l'infondatezza del quarto motivo di appello.

11. – Devono essere ora esaminati congiuntamente (in quanto tra loro connessi) il primo, secondo ed il terzo motivo di appello, con i quali vengono sollevate censure di ordine procedimentale relative all'acquisizione dei pareri della competente ASL e del competente Ordine dei Farmacisti

Tali doglianze vanno respinte.

Innanzitutto la norma recata dall'art. 1 della L. n. 475/1968, modificata dal D.L. n. 1/2012 non prevede l'acquisizione di un parere vincolante da parte dell'Ordine dei Farmacisti e della ASL, ma si limita a richiedere che tali soggetti siano "sentiti".

A questo proposito ha ritenuto la Sezione che: "La norma che prevede il parere dell'Ordine dei farmacisti e dell'Azienda sanitaria locale non fa di questi ultimi i titolari di un potere di concertazione o co-decisione, ma semplicemente attribuisce loro la facoltà di rappresentare esigenze e formulare proposte.

Ciò in quanto la legge presuppone - e non senza motivo - che l'uno e l'altro degli organismi, ciascuno per quanto di propria competenza, in ragione della propria attività quotidiana e del rapporto con il territorio (l'A.S.L. con le sue strutture di servizio, l'Ordine in quanto rappresentativo di tutti i farmacisti) dispongano di conoscenze, esperienze e sensibilità che li mettono in grado di dare un utile contributo alle decisioni di competenza del Comune". (...) anche se "i dati di fatto più rilevanti, come la distribuzione della popolazione sul territorio e la dislocazione delle farmacie esistenti, sono di comune dominio". (Cons. Stato, sez. III, 7/1/2016, n. 22).

Inoltre, la disposizione non detta ulteriori prescrizioni relative alle modalità di acquisizione di tali pareri: impone soltanto che tali pareri vengano assunti, anche se poi spetta al solo Comune adottare la decisione, in quanto il loro parere non ha efficacia vincolante.

Nel caso di specie, il Comune di San Severo ha chiesto alla ASL di Foggia e all'Ordine dei Farmacisti di Foggia i prescritti pareri, come attestato dal responsabile del procedimento con nota del 3 agosto 2012, prot. n. 0001349.

Il parere della ASL di Foggia è stato reso in senso favorevole nella conferenza di servizi del 13/4/2012, come risulta dalla citata attestazione del responsabile del procedimento, mentre il parere dell'Ordine dei Farmacisti è stato reso, in senso favorevole, nella conferenza di servizi del 18/4/2012 e confermato in forma scritta in data successiva (ma l'acquisizione dei pareri si evince anche dalla delibera di Giunta Comunale n. 134/2012.

Si tratta di atti pubblici facente fede fino a querela di falso.

Ne consegue non può dubitarsi in merito all'acquisizione di tali pareri.

Le doglianze, infatti, sono state svolte con riferimento alle modalità di acquisizione dei suddetti pareri, non potendosi contestare – senza proporre la querela di falso – la loro assunzione.

Ebbene, non essendo richiesta in base alla legge una specifica modalità per l'assunzione di tali pareri, di natura non vincolante, eventuali irregolarità nella loro assunzione non possono comportare la declaratoria di illegittimità della delibera della G.C. n. 134/2012, tenuto conto che i pareri sono stati assunti con formula adesiva alla scelta comunale, prima che la Regione approvasse il bando di concorso straordinario per la copertura delle sedi farmaceutiche disponibili, con effetto sanante (cfr. Cons. di Stato, Sezione III, n. 528/2015; n. 603/2015)” e che la mancata verbalizzazione non equivale alla mancanza del parere.

Deve pertanto ritenersi che dedotte “irregolarità” procedurali non possono costituire fonte di illegittimità provvedimento non avendo avuto alcuna concreta incidenza sul suo contenuto dispositivo.

Le doglianze vanno quindi respinte.

12. - Il rigetto delle precedenti doglianze comporta la reiezione dell'ultimo di motivo di appello con il quale è stato dedotto il vizio di illegittimità derivata.

13. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza di primo grado che ha respinto il ricorso di primo grado.

14. - Quanto alle spese del grado di appello, in considerazione della particolarità della fattispecie, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado che ha respinto il ricorso di primo grado.

Spese del grado di appello compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
Stefania Santoleri Marco Lipari

IL SEGRETARIO