Pubblicato il 11/06/2019

N. 03901/2019REG.PROV.COLL.
N. 04302/2015 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 4302 del 2015, proposto da

Maria Elena Franceschini in proprio e quale Titolare della Farmacia di Franceschini Maria Elena, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Cristiana Carcelli, con domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Studio Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

contro

Regione Toscana, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Baldi, Lucia Bora, Antonio Fazzi, con domicilio eletto presso lo studio Marcello Cecchetti in Roma, piazza Barberini 12;

Comune di Castelnuovo Berardenga non costituito in giudizio;

nei confronti

Associazione Sindacale Proprietari e Titolari di Farmacia della Provincia di Siena, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) n. 01650/2014, resa tra le parti, concernente approvazione bando di concorso straordinario per l'assegnazione di 130 sedi farmaceutiche

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Toscana;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2019 il Cons. Raffaello Sestini e uditi per le parti gli avvocati Stefano Bonatti, su delega dell'avvocato Cristina Carcelli e Marcello Cecchetto, su delega dell'avvocato Lucia Bora;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1 - Il Dirigente del Settore politiche del farmaco, innovazione e appropriatezza della Regione Toscana, con decreto n. 5008/2012 approvava il bando di concorso straordinario per l'assegnazione di n. 130 sedi farmaceutiche nella regione Toscana. Allegato al decreto vi era l'elenco delle nuove sedi farmaceutiche disponibili per l'esercizio privato ex l. n. 27/2012, tra le quali la "sede 3" in frazioni di Casetta e Monteaperti del comune di Castelnuovo Berardenga.

2 - La Dott.ssa Maria Elena Franceschini, titolare dell'omonima farmacia sita nel comune di Asciano, adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana richiedendo l'annullamento degli atti che avevano legittimato la costituzione della nuova sede farmaceutica nel limitrofo comune di Castelnuovo Berardenga. Nello specifico essi erano:

- il decreto 24 ottobre 2012, n. 5008 del dirigente del Settore Politiche del Farmaco, Innovazione e a Appropriatezza della Regione Toscana di approvazione del «Bando di concorso straordinario per l'assegnazione di n. 130 sedi farmaceutiche nella Regione Toscana», come modificato dal decreto regionale n. 5222 del 13 novembre 2012, che prevede l'istituzione di una nuova sede farmaceutica nel Comune di Castelnuovo Berardenga, nella zona identificata come «Frazioni di Casetta - Monteaperti»;
- la nota del Sindaco del Comune di Castelnuovo Berardenga prot. n. 8510 del 4 luglio 2012;
- la nota del Sindaco del Comune di Castelnuovo Berardenga prot. n. 4938 del 24 aprile 2012.

3 - Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana dichiarava inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso contro l'istituzione di una nuova farmacia nel confinante

comune di Castelnuovo Berardenga ai sensi dell'art. 11 del D.L. n.1 del 2012, facendo leva sulla circostanza che l'esercizio farmaceutico di cui la ricorrente è titolare è ubicato in un comune diverso rispetto a quello in cui è prevista l'apertura.

4 - La ricorrente proponeva appello al Consiglio di Stato, lamentando il mancato esame, da parte del TAR, dei motivi dedotti nel gravame di primo grado, che venivano reiterati.

5 – Si costituiva in giudizio l'Amministrazione per difendere la legittimità del proprio operato e la correttezza della sentenza appellata, e le parti scambiavano plurime memorie.

DIRITTO

1 – Con l'appello in epigrafe la titolare di una farmacia posta in un comune diverso, ma in un'area contigua, ad una nuova sede farmaceutica istituita mediante il concorso straordinario deduce le seguenti censure.

1) Primo motivo di appello: violazione dei principi generali sulla legittimazione attiva e sull'interesse all'impugnazione degli atti amministrativi. Il giudice di prime cure ha indebitamente ritenuto ostativa alla disamina del merito del ricorso la sussistenza di una questione pregiudiziale, relativa alla carenza di interesse dell'appellante, ritenuta titolare di un interesse di fatto ed in quanto tale non tutelabile in sede giurisdizionale.

2) Secondo motivo di appello: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 11 l. n. 27/2012. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2,9 e 10 l. n. 475/1968. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 5 l. n. 362/1991. Violazione degli artt. 3 e 32 della Costituzione. Secondo l'appellante, l'indicazione della zona del territorio comunale di Castelnuovo Berardenga, ove istituire la nuova sede farmaceutica, è avvenuta in assenza del necessario esame e controllo della "pianta organica," sulla errata constatazione che tale istituto fosse stato abrogato dalla riforma del 2012 che ha innovato la disciplina previgente integrandola. A tale riguardo viene citata la giurisprudenza secondo cui "Le nuove disposizioni non cambiano realmente il quadro normativo. È vero, infatti, che sono state soppresse le disposizioni che prevedevano la formazione e la revisione periodica delle piante organiche comunali a cura di un'autorità sovracomunale (da ultimo, la Regione o la Provincia, a seconda delle norme regionali). Tuttavia rimane invariato l'impianto generale della disciplina." (Consiglio di Stato, n.2990/2013).

3) Terzo motivo di appello: incompetenza. Violazione dell'art. 42, comma 2, lett. e) d.lgs. n. 267/2000. L'istituzione della nuova sede farmaceutica nel territorio comunale di Castelnuovo Berardenga, non è stata deliberata dalla Giunta comunale o dal Consiglio comunale, trattandosi di servizio pubblico, bensì tramite nota sindacale, e dunque da organo incompetente.

4) Quarto motivo di appello: violazione dell'art.11, commi 2 e 9, l. n.27/2012. Tale articolo ha introdotto termini perentori per le determinazioni in ordine all'individuazione delle sedi farmaceutiche da istituire in sede di prima applicazione della novella, stabilendo che i dati devono essere inviati "alla regione entro e non oltre trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto" e cioè entro il 24 aprile 2012. Il comune di Castelnuovo Berardenga ha apportato una modifica alla prima localizzazione con la nota del 4 luglio 2012, ampliando l'ambito della zona della nuova sede. La violazione dei termini decadenziali previsti dal summenzionato articolo, comporta l'illegittimità, per vizio derivato, del decreto regionale n. 5008/2012

5) Quinto motivo di appello: violazione dell'art. 2, comma 1, l. n. 475/1968. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Violazione dell'art. 16, comma 3, l. r. Toscana n. 16/2000. La nota sindacale del 24 aprile 2012 è stata adottata senza la preventiva acquisizione dei pareri obbligatori dell'Asl 7 e dell'Ordine dei farmacisti di Siena. Ciò non costituisce mera irregolarità formale in quanto una disamina dei predetti pareri avrebbe consentito all'Amministrazione comunale una più accurata ricostruzione del caso di specie, non rilevando la circostanza che tali pareri siano stati comunicati solo successivamente l'assunzione della decisione da parte del comune di Castelnuovo Berardenga.

6) Sesto motivo di appello: violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e ss. della l. n. 241/1990. I provvedimenti impugnati sono illegittimi anche per la violazione delle garanzie procedimentali previste dalla l. n. 241/1990. Anche l'avvio del procedimento per l'istituzione di nuove sedi farmaceutiche è soggetto all'obbligo di comunicazione, ex art. 7, ai titolari degli esercizi farmaceutici sul bacino di utenza su cui andranno ad incidere le nuove sedi.

7) Settimo motivo di appello: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2, commi 2 e 3, l. n. 475/1968. Violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di

motivazione.

8) Ottavo motivo di appello: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1, comma 1, l. n. 475/1968. Violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione.

9) Nono motivo di appello: illegittimità costituzionale dell'art. 2 l. n.475/1968 c.m. dall'art. 11 D.L. n..1/2012 per violazione degli artt. 3,11,42,97 e 117 della Costituzione. L'appellante solleva, ove prevalga la tesi opposta, questione di legittimità costituzionale per l'intervenuta abrogazione della pianta organica.

2 – Ai fini del corretto inquadramento delle predette plurime censure, occorre ricordare che l'intervento legislativo del 2012 ha inteso derogare sostanzialmente alla vigente normativa in materie di farmacie per potenziare l'offerta farmaceutica alla popolazione, ai fini di migliorare l'offerta di servizi volti alla tutela della salute, ma anche a fini di tutela dei consumatori mediante lo sviluppo della concorrenza, stabilendo che i Comuni debbano individuare nuove sedi di farmacie, scegliendo le aree meno servite o con maggiore accesso di potenziali utenti, e che le Regioni , che mantengono un potere sostitutivo in caso di inadempienza dei Comuni, debbano bandire un unico concorso straordinario per soli titoli, per la copertura delle nuove sedi farmaceutiche, che vanno ad aggiungersi, sulla base dei previsti nuovi parametri di rapporto con la popolazione, alla consueta programmazione territoriale senza farla venire meno.

Ne consegue che la nuova disciplina di legge, che modifica i parametri numerici e disciplina il concorso straordinario, è diretta al fine di intensificare l'istituzione di sedi farmaceutiche in funzione pro-concorrenziale, attivando una competenza trasversale che il Titolo V della Costituzione riserva alla competenza statale e derogando alla programmazione periodica dell'offerta farmaceutica mediante piante organiche regionali, senza tuttavia intaccare né le competenze regionali in materia di tutela della salute e di pianificazione dei relativi servizi, né le competenze comunali in materia di programmazione territoriale, conseguendone la legittimità costituzionale della nuova disciplina e la non rilevanza, ai fini della decisione del giudizio a quo, delle censure riferite alla sopravvivenza o meno ed al rispetto o meno della pianta organica regionale ed alla connessa questione di legittimità costituzionale sollevata dall'appellante.

3 – Venendo per l'appunto al giudizio a quo, il Collegio deve in primo luogo accogliere il primo motivo d'appello, e per l'effetto accertare, in riforma dell'appellata sentenza, la sussistenza di un interesse, attuale, differenziato e tutelato dall'ordinamento, di ciascun soggetto economico (imprenditore, fornitore di servizi, commerciante o consumatore, singolo o associato) al corretto funzionamento di un mercato basato sul principio di libertà d'iniziativa economica ma regolato a tutela della concorrenza e degli altri valori sanciti dalla Costituzione, e quindi anche l'interesse della farmacista appellante alla corretta localizzazione ed apertura di altri esercizi commerciali concorrenti, secondo la pur risalente disciplina nazionale che limita la concorrenza ai fini dell'accesso al particolare mercato considerato.

4 – Peraltro il ricorso di primo grado, ancorchè ammissibile, non era fondato nel merito. Infatti, premesso quanto sopra considerato circa la normativa legislativa di riferimento, il contestato operato del Comune e della Regione rientra certamente in tale ambito, e non risulta affetto da alcuno dei vizi dedotti.

5 – In particolare, la tesi dell'appellante, che si incentra sulla sopravvivenza alla l. n. 27/2012 della "pianta organica" e della conseguente necessità di programmazione sovracomunale in base ad una competenza ripartita fra Stato e Regione, risulta essere irrilevante ai fini della decisione. Di conseguenza la questione di legittimità costituzionale non viene sollevata. La materia in esame (prestazione di un servizio pubblico), attribuita alla competenza esclusiva dello Stato ex art. 117, comma 1 Cost., così come modificato dalla l. cost. n. 3/2001, è trasversale, e come tale non ha un perimetro circoscritto ex ante in quanto è idonea a perseguire finalità che si intrecciano con una pluralità di altri interessi, incidendo, in tal modo, su ambiti di competenza concorrente o residuale delle Regioni. La l. n. 27/2012 ha introdotto una disciplina ad hoc per l'aumento straordinario delle sedi farmaceutiche a tutela della concorrenza oltreché della salute, lasciando ampi margini di apprezzamento al Comune, il quale ha il potere di applicare la normativa statale in virtù del principio di sussidiarietà e di leale collaborazione. Ne consegue, che tanto la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana n. 1650 del 2014, Sez. II, che gli atti impugnati istitutivi della nuova sede farmaceutica, devono considerarsi scevri dai prospettati vizi di legittimità che ne determinerebbero l'annullamento, sia quanto al

mancato rispetto della pianta organica (di cui si è già detto), sia quanto alla dedotta incompetenza (trattandosi di regolazione del mercato e non di offerta di un pubblico servizio), sia quanto alla dedotta violazione di un termine che, in realtà, non consuma la potestà attribuita ex lege salvo l'intervento sostitutivo della Regione, sia quanto al dedotto difetto di istruttoria e di motivazione, non avendo l'odierno appellante dimostrato profili di manifesta irragionevolezza o di grave ingiustizia dell'operato comunale.

6 - L'appello deve pertanto essere respinto, dovendo essere confermato, seppure con diversa motivazione nei termini che precedono, l'esito negativo del ricorso di primo grado relativamente all'interesse sostanziale al bene della vita azionato in giudizio dall'appellante.

Le spese seguono la soccombenza, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge previa riforma della sentenza di primo grado nel senso di cui in motivazione.

Condanna l 'appellante alle spese del presente grado di giudizio, complessivamente quantificate in Euro 6.000,00 (seimila) oltre IVA, CPA ed accessori.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaello Sestini

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO