

Publicato il 20/09/2023

N. 08431/2023REG.PROV.COLL.
N. 00304/2023 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 in appello numero di registro generale 304 del 2023, proposto dalla **Farmacia Dott. [REDACTED] s.a.s. dei Dottori [REDACTED]** in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato [REDACTED], con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la Regione Abruzzo, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

della **Farmacia [REDACTED]** in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Gabrielli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, Sezione Prima, n. 370 del 13 ottobre 2022, resa tra le parti, concernente l'autorizzazione all'apertura di una sede farmaceutica nel Comune di Basciano.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Abruzzo e della **Farmacia** [REDACTED]

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'istanza di passaggio in decisione della Regione Abruzzo;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1° giugno 2023 il consigliere Nicola D'Angelo e uditi per le parti gli avvocati [REDACTED]

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La **farmacia** Dott. [REDACTED] ha impugnato la determinazione della Regione Abruzzo n. DPF003/138 del 17 novembre 2021 con cui è stata autorizzata la **farmacia** [REDACTED] l'apertura della sede farmaceutica n. 2 nel Comune di Basciano, nei locali ubicati nella frazione [REDACTED]

1.1. Nel ricorso proposto al Tar dell'Aquila, la **farmacia** [REDACTED] ha sostenuto che la **farmacia** [REDACTED] avrebbe stata ubicata alla distanza di mt. 2.240 dalla propria sede, dunque ad una distanza inferiore rispetto a quella stabilita dall'art. 104 del R.D. n. 1265 del 1934 (distanza minima di mt. 3000 tra le farmacie di nuova istituzione e quelle esistenti).

1.2. Il Tar ha tuttavia respinto il gravame con la sentenza indicata in epigrafe (n. 370 del 2022), condannando la ricorrente alle spese di giudizio.

1.3. Secondo lo stesso Tribunale il limite dei 3.000 metri doveva trovare un necessario temperamento allorché occorresse assicurare, come nel caso di specie, l'erogazione del servizio farmaceutico nell'ambito di una frazione di un Comune di popolazione inferiore ai 5000 ed al ricorrere di particolari situazioni ambientali, topografiche e di viabilità che imponevano l'istituzione della sede farmaceutica.

1.4. Il Comune di Basciano con la delibera n. 9/2009 aveva infatti istituito la nuova sede farmaceutica n. 2 con il fine di soddisfare le esigenze della

popolazione residente nella frazione Zampitti, posta in una condizione di isolamento e disagio rispetto al centro cittadino a causa della scarsa viabilità, con l'obiettivo di assicurare un servizio farmaceutico adeguato nell'intero territorio comunale.

2. Contro la suddetta sentenza ha proposto appello la **farmacia** Dott. [REDACTED] prospettandone l'erroneità là dove non ha ritenuto fondate le quattro censure mosse al provvedimento impugnato con il ricorso di primo grado.

2.1. In particolare, le stesse hanno riguardato:

i) l'autorizzazione regionale per avere la stessa assentito l'apertura della **farmacia** della contro interessata a distanza inferiore da quella legale per le farmacie rurali di mt. 3.000.

ii) l'attività istruttoria regionale, poi sfociata nel provvedimento conclusivo impugnato, poiché a fronte della prova dell'allocazione a distanza inferiore a quella legale e dell'altrettanto rilevante elemento di fatto della presenza di sedi alternative (sempre all'interno del perimetro della Seconda Sede farmaceutica comunale), ha abdicato illegittimamente la propria potestà istruttoria.

iii) l'abdicazione della potestà amministrativa in favore degli interessi peculiari della contro interessata, la quale una volta constatata l'impossibilità di reperire locali idonei rispettosi della distanza minima di legge, anziché attivarsi per chiedere ed ottenere una revisione della zona farmaceutica ha posto tutti di fronte al fatto compiuto;

iv) la carenza motivazionale dell'autorizzazione, a fronte del significativo intervento dell'odierna appellante nel procedimento istruttorio.

2.2. In sostanza, l'appellante contesta la decisione del Tar perché si sarebbe fondata, accorpendo i motivi di censura, su una deroga inesistente al criterio della distanza legale che regola invece l'istituzione delle farmacie.

2.3. Infine, la **farmacia** ricorrente reitera la richiesta di risarcimento del danno derivato dall'illegittimo esercizio dell'attività farmaceutica da parte della contro interessata.

3. La Regione Abruzzo si è costituita in giudizio il 13 gennaio 2023, mentre la **farmacia** [REDACTED] si è costituita il 16 gennaio 2023. Entrambe le parti hanno chiesto il rigetto dell'appello (la **farmacia** intimata ha anche prospettato la tardività del ricorso ed altri profili di inammissibilità riferiti al giudicato formatosi a seguito di un precedente contenzioso concluso sfavorevolmente alla ricorrente con sentenza del Consiglio di Stato n. 5701 del 2015, alla mancata notifica del ricorso al Comune di Basciano e al difetto di interesse).

4. La Regione appellata ha poi depositato una memoria il 12 febbraio 2023. Nella stessa data ha depositato una memoria anche la **farmacia** [REDACTED]

5. Parte appellante ha depositato documenti il 19 aprile 2023 e una memoria il 26 aprile 2023.

6. La Regione, l'intimata **farmacia** [REDACTED] e l'appellante hanno depositato repliche l'11 maggio 2023.

7. Nella camera di consiglio del 16 febbraio 2023 l'istanza di sospensione degli effetti della sentenza impugnata, presentata contestualmente al ricorso, è stata abbinata al merito.

8. La causa stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 1° giugno 2023 senza che le parti abbiano insistito per la definizione dell'istanza cautelare.

9. Preliminarmente, il Collegio esamina l'eccezione di tardività dell'appello contenuta nella memoria di costituzione dell'intimata **farmacia** [REDACTED]. Secondo quest'ultima, la notifica del ricorso sarebbe avvenuta in elusione del termine dimidiato di 30 giorni previsto con riferimento ai contenziosi in materia di aggiudicazione (la sentenza di primo grado è stata pubblicata il 13 ottobre 2022 e notificata dalla contro interessata il 19 ottobre 2022, mentre l'appello è stato notificato il 17 dicembre 2022).

9.1. L'eccezione non è fondata. Il presente appello non può ritenersi relativo ad una procedura di aggiudicazione, riguardando invece l'autorizzazione

all'apertura del nuovo esercizio farmaceutico concorrente e il rispetto della normativa che ne disciplina il procedimento.

10. L'appello non è fondato a prescindere dalle ulteriori eccezioni di inammissibilità reiterate in questo grado di giudizio dalla **farmacia** intimata.

11. Nel dettaglio, l'appellante si duole che il Tar ha erroneamente accorpato la trattazione dei quattro motivi del ricorso di primo grado ritenendo che riguardassero tutti la questione della distanza di 3000 mt non rispettata. Tale questione, tuttavia, deve ritenersi, in adesione a quanto affermato dal giudice di primo grado (cfr. par. 2 sentenza impugnata), il profilo centrale nell'esame della presente controversia.

12. Ciò premesso, va innanzitutto rilevato che la distribuzione sul territorio del servizio farmaceutico è determinata da due principali criteri: demografico (secondo il quale viene prevista una **farmacia** ogni 3.300 abitanti) e topografico (o della distanza) per soddisfare particolari esigenze di assistenza farmaceutica legate a condizioni topografiche e di viabilità. Quest'ultimo criterio può essere applicato esclusivamente nei Comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti.

12.1. Ai sensi dell'art. 1 della legge n. 221 del 1968 le farmacie sono anche classificate secondo due categorie:

- farmacie urbane, situate in comuni o centri abitati con popolazione superiore a 5.000 abitanti;
- farmacie rurali ubicate in comuni, frazioni o centri abitati con popolazione non superiore a 5.000 abitanti.

12.2. L'art. 104 del R.D. n. 1265 del 1934, nel testo vigente come risultante dalla sostituzione ad opera dell'art. 2 della legge n. 362 del 1991, prevede che le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, quando particolari esigenze dell'assistenza farmaceutica in rapporto alle condizioni topografiche e di viabilità lo richiedono, possono stabilire, in deroga al criterio della popolazione di cui all'art. 1 della legge n. 475 del 1968, sentiti l'unità sanitaria locale e l'ordine provinciale dei farmacisti, un limite di distanza per il quale la

farmacia di nuova istituzione disti almeno 3.000 metri dalle farmacie esistenti anche se ubicate in comuni diversi.

12.3. La giurisprudenza di questa Sezione (cfr. sentenza n. 6998 del 15 ottobre 2019) ha poi evidenziato che il rispetto della distanza di 3.000 metri dalle farmacie esistenti non può intendersi in modo rigido. In base alla giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia CE n. 570 del 1 giugno 2010), spetta al giudice nazionale verificare se le regole che pongono limiti all'apertura delle

farmacie siano compatibili a consentire l'erogazione di un servizio adeguato con l'obiettivo di contemperare le riserve stabilite dal legislatore in favore dei farmacisti con la tutela della salute pubblica. Secondo la citata sentenza della Corte di Giustizia, cui era stata formulata una questione interpretativa pregiudiziale riguardante il richiamato art. 104 TULS, al fine di raggiungere in modo coerente e sistematico l'obiettivo di assicurare un servizio farmaceutico adeguato, le autorità competenti potrebbero perfino essere indotte ad interpretare la regola generale nel senso che è possibile autorizzare l'apertura di una **farmacia** a distanza inferiore alla distanza minima non solo in casi del tutto eccezionali, ma ogni volta che la rigida applicazione della regola generale rischi di non garantire un accesso adeguato al servizio farmaceutico.

13. In questo quadro, talvolta le farmacie sono destinate a far fronte a particolari esigenze dell'assistenza farmaceutica, fondando esclusivamente la loro istituzione sul requisito dell'isolamento topografico del nucleo insediativo rurale e della discontinuità dello stesso dall'agglomerato urbano principale.

13.1. La zona nelle quali collocarle deve dunque tener conto della necessità di assicurare un'equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate.

13.2. Cosicché, il limite dei 3.000 metri può avere un temperamento quando occorre assicurare l'erogazione del servizio farmaceutico nell'ambito di una

frazione di un Comune di popolazione inferiore ai 5000 che versa in situazioni ambientali, topografiche e di viabilità che ne impongono l'istituzione.

13.3. D'altra parte, il parametro di una **farmacia** ogni 3.300 abitanti è stabilito dalla legge solo ai fini della determinazione del numero complessivo di farmacie spettanti al Comune e non anche per dimensionare con precisione le aree assegnate alle singole sedi farmaceutiche, posto che gli utenti sono sempre liberi di rivolgersi a qualsiasi **farmacia**, non essendo tenuti a servirsi di quella territorialmente competente secondo la loro residenza. Alla realizzazione dell'equa distribuzione concorrono plurimi fattori diversi dal numero di 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 (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. II, 9 maggio 2023, n. 4701).

14. Nel caso di specie, il Comune di Basciano ha indicato la distanza delle frazioni dal capoluogo, i collegamenti viari non agevoli con il centro, la mancanza di servizio di trasporto pubblico, la popolazione che incontrava difficoltà di spostamento. Sulla proposta comunale esprimeva parere favorevole l'Ordine dei Farmacisti di Teramo e la competente Conferenza Permanente per i rapporti tra la Regione e le Aziende USL del 27 ottobre 2011 (cfr. D.G.R. n.47/2012, all.1 della Regione in primo grado).

14.1. A seguito dell'approvazione del D.L. n. 1 del 2012 la Regione Abruzzo approvava il bando di concorso straordinario per titoli per l'assegnazione di n. 85 sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio, inserendo le sedi istituite dai Comuni della Regione Abruzzo con le relative delimitazioni, tra cui la sede farmaceutica n. 2 del Comune di Basciano.

14.2. Il dottor ██████████ attuale appellante, impugnava la delibera di revisione della pianta organica D.G.R. n. 47/2012, estesa a titolo di invalidità

derivata anche alla D.G.R. n.775/2012. Il ricorso veniva respinto con sentenza del Tar dell'Aquila n. 5 del 2012, confermata poi dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5701 del 2015.

14.3. La sede farmaceutica n. 2 di Basciano, come da descrizione riportata nel bando di concorso straordinario (e come da delibera di Giunta Comunale n. 9 del 21 settembre 2009), ha quindi come ambito di riferimento la zona "Zampitti". Il Comune di Basciano nella predetta delibera comunale ha evidenziato che detta località è caratterizzata da un'utenza sia locale che di passaggio, nonché dalla presenza nella zona di aziende industriali con pendolarismo quotidiano.

14.4. La sede farmaceutica della parte appellante è invece ubicata in un altro Comune limitrofo quello di Penna S. Andrea, mentre nel Comune di Basciano la **farmacia** esistente è situata a 4 km nel centro storico del paese (in sostanza, la nuova **farmacia** posta a 2.240 metri ha un bacino di utenza separato, essendo ubicata in una frazione di un altro Comune caratterizzato da nuclei sparsi di abitazioni e con contesti di popolazione differenti).

15. Quanto alla circostanza evidenziata dall'appellante, anche mediante una relazione tecnica depositata in primo grado, che la **farmacia** contro interessata potesse utilizzare altri locali posti ad una distanza superiore ai 3.000 metri, come rilevato dal Tar, il Comune ha attestato, con nota prot.4454 del 4 agosto 2021, l'indisponibilità degli stessi oltre i 3.000 metri (peraltro, il ritardo nell'apertura del nuovo esercizio farmaceutico avrebbe comportato la decadenza dall'assegnazione).

15.1. In ogni caso, l'affermazione di parte ricorrente secondo cui la contro interessata, in ragione delle difficoltà di reperimento dei locali, avrebbe dovuto richiedere necessariamente la ripermetrazione della zona, non può essere condivisa. Gli orientamenti della giurisprudenza di questa Sezione sono nel senso di affermare l'ampia discrezionalità che caratterizza l'individuazione delle sedi farmaceutiche (cfr. Cons. Stato, sez. III, nn. 4030/2022 e 327/2021) e la ridotta portata precettiva che assume la relativa pianta organica e

perimetrazione (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 2329/2021), il cui criterio ispiratore non è quello del massimo decentramento bensì quello della massima accessibilità ed equa distribuzione territoriale (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 4374/2021).

16. Non risultando fondati i predetti profili di censura, anche la connessa domanda di risarcimento del danno non può essere accolta.

17. Per le ragioni sopra esposte, l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

18. In ragione della complessità della controversia, le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 304 del 2023, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE
Nicola D'Angelo

IL PRESIDENTE
Mario Luigi Torsello

IL SEGRETARIO