

Publicato il 24/05/2018

**N. 03136/2018REG.PROV.COLL.
N. 04558/2016 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 4558 del 2016, proposto dal dott. Paolo Mannucci, in proprio e quale legale rappresentante della Farmacia Del Vivo di Mannucci Paolo e Pianetti Paola s.n.c., rappresentato e difeso dall'avv. Natale Giallongo e con questi elettivamente domiciliato in Roma, via Vittorio Emanuele II, n. 18, presso lo studio Grez,

contro

la Regione Toscana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Lucia Bora e Antonio Fazzi e con questi elettivamente domiciliata in Roma, p.zza Barberini, n. 12 presso lo studio dell'avvocato Marcello Cecchetti,

Comune di Poggibonsi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Leonardo Piochi e con questi

elettivamente domiciliato in Roma, p.zza di pietra n. 236, presso lo studio dell'avvocato Daniela Jouvenal Long,
 il Ministero della salute, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, n. 12,

nei confronti

Donata Dei, Associazione Sindacale Proprietari e Titolari di Farmacia nella Provincia di Siena, Raffaello Fabbrini, tutti non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tar Toscana, sez. II, n. 204 dell'8 febbraio 2016, notificata il 18 marzo 2016, che ha rigettato due ricorsi proposti avverso: a) la deliberazione della Giunta comunale del Comune di Poggibonsi n. 111 del 17 aprile 2012, avente ad oggetto "Individuazione di due zone ove collocare due nuove farmacie"; b) il decreto del dirigente del Settore politiche del farmaco della Regione Toscana n. 5008 del 24 ottobre 2012, che ha approvato il bando di concorso straordinario per l'assegnazione di 130 sedi farmaceutiche (aumentato a 131 con decreto regionale n. 5222 del 2012) nella Regione Toscana e, in particolare, della sede n. 8 "Zona Via Pisana".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Poggibonsi;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della salute;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella pubblica udienza del giorno 10 maggio 2018 il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da

verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso straordinario al Capo dello Stato il dott. Paolo Mannucci – unitamente all’Associazione sindacale proprietari e titolari di farmacia della Provincia di Siena e al dott. Raffaello Fabbrini, titolare di altra farmacia sul territorio del Comune di Poggibonsi – ha impugnato la delibera di Giunta 17 aprile 2012, n. 111, con la quale era stata decisa l’istituzione di due nuove sedi farmaceutiche, ai sensi dell’art. 11, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, localizzandole nella “zona Via Pisana... (e nella) zona via Senese-Romituzzo”.

In data 21 novembre 2012 è stato pubblicato sul BUR Toscana il decreto del dirigente del Settore politiche del farmaco della Regione Toscana n. 5008 del 24 ottobre 2012, che ha approvato il bando di concorso straordinario per l’assegnazione di 130 sedi farmaceutiche (aumentato a 131 con decreto regionale n. 5222 del 2012) nella Regione Toscana, tra le quali le due nuove sedi nel Comune di Poggibonsi. Il bando è stato in parte impugnato con atto di motivi aggiunti al ricorso straordinario e con separato ricorso straordinario dall’Associazione sindacale proprietari e titolari di farmacia della Provincia di Siena e dal dott. Raffaello Fabbrini. Su opposizione della Regione Toscana i due ricorsi straordinari sono stati trasposti dinanzi al Tar Toscana e decisi con la sentenza n. 204 dell’8 febbraio 2016, previa riunione dei due ricorsi giurisdizionali. Ha affermato il Tar che l’istituzione delle nuove farmacie prevista dall’art. 11, d.l. n. 1 del 2012 non ha determinato il definitivo superamento del sistema programmatico a base territoriale tradizionalmente presente nella materia,

ma solo determinato la sostituzione della nuova definizione di “zona territoriale” alla categoria di “sede”, in precedenza, prevista dalla normativa: le nuove disposizioni non cambiano realmente il quadro normativo. E 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, a partire dal "numero chiuso" delle farmacie, pur se i criteri per la determinazione di tale numero sono alquanto modificati. Ha aggiunto che benché la legge non preveda più, espressamente, un atto tipico denominato "pianta organica", resta affidata alla competenza del 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. Il Tar quindi, rifacendosi a propri precedenti in termini, ha concluso nel senso della necessità di una visione pianificatoria organica e coerente, ma in un contesto più flessibile in cui non è più necessario dare vita a perimetrazioni cartografiche (spesso fonte di contestazioni in una prospettiva puramente formalistica); in buona sostanza, occorre guardare alla logicità e razionalità della ripartizione delle diverse zone di pertinenza delle singole farmacie prevista dalla programmazione comunale.

2. Avverso la sentenza della sez. II del Tar Toscana n. 204 dell'8 febbraio 2016 il dott. Mannucci ha proposto appello, notificato il 18 maggio 2016 e depositato il successivo 8 giugno, con il quale ha dedotto:

a) Violazione e/o falsa applicazione art. 10, d.P.R. n. 1199 del 1971 – Violazione e/o falsa applicazione art. 69, l. n. 69 del 2009, dell'art. 7 c.p.a. –

Violazione e/o falsa applicazione artt. 295 c.p.c. e 79 c.p.a..

Illegittimamente il Tar ha ritenuto non sussistenti i presupposti per la sospensione del giudizio in attesa della decisione del presupposto ricorso straordinario proposto dal dott. Mannucci avverso la delibera di Giunta comunale 17 aprile 2012, n. 111, con la quale era stata deliberata l'attivazione di due nuove sedi farmaceutiche, ai sensi dell'art. 11, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, localizzando le due nuove sedi nella "zona Via Pisana... (e nella) zona via Senese-Romituzzo", ritenendo anche tale gravame trasposto da altro concorrente.

b) Violazione e/o falsa applicazione art. 10, d.P.R. n. 1199 del 1971 – Violazione e/o falsa applicazione art. 112 c.p.c..

Illegittimamente il Tar Toscana si è pronunciato non solo sui motivi aggiunti proposti avverso il decreto del dirigente del Settore politiche del farmaco n. 5008 del 24 ottobre 2012, che ha approvato il bando di concorso straordinario per l'assegnazione di 130 sedi farmaceutiche (aumentato a 131 con decreto reginale n. 5222 del 2012) nella Regione Toscana, tra le quali le due nuove sedi nel Comune di Poggibonsi, ma ha deciso anche il ricorso straordinario proposto avverso la delibera di Giunta comunale che tali sedi aveva istituito, pur avendo la Regione Toscana – alla quale il ricorso straordinario non era stato notificato – chiesto la trasposizione solo dell'atto di motivi aggiunti.

c) Violazione e/o falsa applicazione art. 11, d.l. n. 1 del 2012 – Violazione e/o falsa applicazione artt. 2, 9 e 10, l. n. 475 del 1968 - Violazione e/o falsa applicazione art. 5, l. n. 362 del 1991 – Illogicità e contraddittorietà della motivazione.

La sentenza del Tar è errata nella parte in cui, pur condividendo la

sopravvivenza della pianta organica, consente al Comune di prescindere da essa per deliberare l'istituzione di una nuova sede farmaceutica e per individuarne la localizzazione.

d) Violazione e/o falsa applicazione art. 11, d.l. n. 1 del 2012 – Violazione e/o falsa applicazione artt. 1 e 2, l. n. 475 del 1968 - Violazione e/o falsa applicazione art. 3, l. n. 241 del 1990 – Difetto di motivazione.

Erroneamente il Tar non ha preso posizione sul motivo di irragionevolezza della localizzazione effettuata, inidonea ad assicurare il soddisfacimento degli interessi pubblici sottesi alla novella del 2012.

e) Violazione e/o falsa applicazione art. 11, d.l. n. 1 del 2012 – Violazione e/o falsa applicazione artt. 2, l. n. 475 del 1968 e 15, l. reg. Toscana n. 16 del 2000 – Eccesso di potere per sviamento – Difetto assoluto di istruttoria.

Erroneamente la sentenza gravata ha ritenuto irrilevante la mancata, preventiva acquisizione dei contributi istruttori.

L'acquisizione tardiva dei pareri della Azienda sanitaria e dell'Ordine dei farmacisti non vale a sanare l'illegittimità del provvedimento di apertura delle due nuove sedi ma costituisce insanabile vizio procedimentale.

f) Violazione artt. 7 ss. e 13, l. n. 241 del 1990 – Violazione art. 16, comma 3, l. reg. Toscana n. 16 del 2000.

Erroneamente il Tar ha affermato che l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento è escluso dal carattere programmatico e pianificatorio del decreto di ampliamento delle sedi farmaceutiche.

g) Violazione e/o falsa applicazione art. 11, d.l. n. 1 del 2012 – Violazione dell'art.42, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 267 del 2000.

L'adozione di atti di programmazione del servizio farmaceutico compete al

Consiglio comunale, con la conseguenza che il decreto regionale n. 5008 del 2012, che ha omesso di rilevare tale vizio, non ha esercitato i poteri sostitutivi, recependo le illegittime scelte del provvedimento comunale.

h) Illegittimità costituzionale dell'art. 2, l. n. 475 del 1968, per violazione degli artt. 3, 11, 42, 97 e 117 Cost..

La tutela della salute è riconosciuta dall'art. 117, comma 3, Cost., tra le materie oggetto di legislazione concorrente, con la conseguenza che al legislatore statale è preclusa l'introduzione di norme autoapplicative che precludono, anche in materia farmaceutica, ogni intervento della Regione.

3. Si è costituita in giudizio la Regione Toscana, che ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

4. Si è costituito in giudizio il Comune di Poggibonsi, che ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

5. Si è costituito in giudizio il Ministero della salute, che non ha espletato alcuna attività difensiva.

6. Alla pubblica udienza del 10 maggio 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio dà atto del tardivo deposito della memoria da parte del Comune di Poggibonsi, effettuato l'ultimo giorno 9 aprile 2018, alle ore 15,36 (orario di invio dello scritto difensivo) e, dunque, oltre il termine perentorio delle ore 12. Il comma 4 dell'art. 4 dell'all.to 2 al d.lgs. n. 104 del 2010 (c.p.a.), come modificato dall'art. 7, d.l. 31 agosto 2016, n. 168, ha infatti previsto che "È assicurata la possibilità di depositare con modalità telematica gli atti in scadenza fino alle ore 24:00 dell'ultimo giorno consentito. Il deposito è tempestivo se entro le ore 24:00 del giorno di

scadenza è generata la ricevuta di avvenuta accettazione, ove il deposito risulti, anche successivamente, andato a buon fine. Agli effetti dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche il deposito degli atti e dei documenti in scadenza effettuato oltre le ore 12:00 dell'ultimo giorno consentito si considera effettuato il giorno successivo”.

Tale norma va interpretata nel senso che il deposito con il processo amministrativo telematico (Pat) è possibile fino alle ore 24.00 ma se effettuato l'ultimo giorno utile rispetto ai termini previsti dal comma 1 dell'art. 73 c.p.a., ove avvenga oltre le ore 12 (id est, l'orario previsto per i depositi prima dell'entrata in vigore del Pat), si considera – limitatamente ai fini della garanzia dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche – effettuato il giorno successivo, ed è dunque tardivo.

In altri termini, il termine ultimo di deposito alle ore 12 permane, anche all'indomani dell'entrata in vigore del Pat, come termine di garanzia del contraddittorio tra le parti e della corretta organizzazione del lavoro del Collegio giudicante.

Concretizzando tale principio nella pratica: a) se è depositata alle ore 13 dell'ultimo giorno utile, ai sensi del comma 1 dell'art. 73 c.p.a., una memoria la stessa non può essere tenuta in considerazione perché non sono rispettati i termini a difesa, salva la possibilità per la parte autrice del deposito tardivo di chiedere un rinvio della trattazione della questione e sempre che il Collegio ritenga ne sussistano i presupposti (analogo discorso vale per il deposito di documenti); b) se è depositato oltre le ore 12 un ricorso con richiesta di cautelare collegiale, ai fini del computo del termine per la fissazione della relativa camera di consiglio occorre considerare che il deposito è avvenuto il giorno successivo; c) se è depositato un ricorso o un

appello alle ore 15 dell'ultimo giorno utile per il deposito, questo si considera avvenuto tempestivamente.

Della memoria del Comune di Poggibonsi (il quale non ha chiesto alcun differimento nella trattazione della causa), dunque, il Collegio non terrà conto al fine del decidere perché in violazione dei termini a difesa stabiliti dal comma 1 dell'art. 73 c.p.a..

2. Si può prescindere dall'esame dell'eccezione di improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse, essendo questo infondato nel merito.

Con il primo motivo il dott. Mannucci deduce l'erroneità della sentenza del Tar Toscana, che avrebbe pronunciato anche sull'annullamento della delibera di Giunta 17 aprile 2012, n. 111, mentre il ricorso avverso la stessa proposto pendeva ancora in sede straordinaria.

Al fine di inquadrare la vicenda contenziosa va chiarito che con ricorso straordinario al Capo dello Stato, notificato il 28 agosto 2012, il dott. Paolo Mannucci – unitamente all'Associazione sindacale proprietari e titolari di farmacia della Provincia di Siena e al dott. Raffaello Fabbrini, titolare di altra farmacia sul territorio del Comune di Poggibonsi – ha impugnato la delibera di Giunta 17 aprile 2012, n. 111, con la quale era stata decisa l'istituzione di due nuove sedi farmaceutiche, ai sensi dell'art. 11, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, localizzandole nella “zona Via Pisana... (e nella) zona via Senese-Romituzzo”.

Con decreto del dirigente del Settore politiche del farmaco della Regione Toscana n. 5008 del 24 ottobre 2012 è stato indetto un concorso straordinario per la copertura di 130 sedi farmaceutiche (divenute poi 131, a seguito della modifica introdotta con il decreto regionale n. 5222 del

2012). Il dott. Mannucci ha impugnato detto decreto con un ricorso straordinario, notificato il 14 marzo 2013, da valere quale atto di motivi aggiunti al ricorso straordinario notificato il 28 agosto 2012.

La modifica del bando, disposta con decreto regionale n. 5222 del 2012, è stata impugnata, con un secondo ricorso straordinario, dall'Associazione sindacale proprietari e titolari di farmacia della Provincia di Siena e dal dott. Raffaello Fabbrini.

In data 11 aprile 2013 la Regione Toscana ha notificato atto di opposizione, ex art. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 all'atto di motivi aggiunti al ricorso straordinario notificato il 28 agosto 2012, con il quale il dott. Mannucci ha chiesto l'annullamento del bando indetto con delibera n. 5008 del 24 ottobre 2012, nella parte in cui ha messo a concorso le due nuove sedi nel Comune di Poggibonsi e, in particolare, la sede n. 8 "Zona Via Pisana".

Con atto depositato dinanzi al Tar Toscana il 7 giugno 2013 il dott. Mannucci ha trasposto l'atto di motivi aggiunti notificato il 14 marzo 2013, che ha preso il numero di r.g. 811/2013.

Il ricorso straordinario al Capo dello Stato, notificato il 28 agosto 2012, proposto dal dott. Mannucci, unitamente all'Associazione sindacale proprietari e titolari di farmacia della Provincia di Siena e al dott. Fabbrini, titolare di altra farmacia sul territorio del Comune di Poggibonsi, è stato trasposto dagli ultimi due ricorrenti unitamente all'atto di motivi aggiunti al ricorso straordinario, dagli stessi proposto avverso l'indizione del concorso per la copertura delle due nuove sedi nel Comune di Poggibonsi. Il ricorso così trasposto ha preso il numero di r.g. 849/2013.

Il Tar, con l'impugnata sentenza n. 204 dell'8 febbraio 2016, ha riunito i

ricorsi e li ha respinti. Conseguentemente, il ricorso straordinario e l'atto di motivi aggiunti non pendono più in sede straordinaria: con il d.P.R. 21 marzo 2016, su parere della sez. II del Consiglio di Stato n. 204 del 2 febbraio 2016, il ricorso straordinario e l'atto di motivi aggiunti sono stati dichiarati improcedibili.

La declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse è stata comunicata, dal Ministero della salute sia al dott. Mannucci che all'Associazione sindacale proprietari e titolari di farmacia della Provincia di Siena presso il legale che li difendeva in sede straordinaria.

Proprio alla luce del parere reso dal Consiglio di Stato, con la memoria di replica, depositata il 19 aprile 2018, il dott. Mannucci ha rinunciato a tale motivo.

3. Come esposto in narrativa, l'appello si sostanzia nell'impugnazione della decisione del Comune di Poggibonsi di istituire – in esecuzione 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 – due nuove sedi farmaceutiche, localizzandole nella “zona Via Pisana... (e nella) zona via Senese-Romituzzo”. Il vizio che inficia la delibera comunale si riflette sul bando di concorso della Regione Toscana, che ha previsto, tra le sedi da coprire, quelle di nuova istituzione nel Comune di Poggibonsi.

Con il secondo e terzo motivo – che, per ragioni di connessione logica, possono essere esaminati congiuntamente – il dott. Mannucci afferma che la sentenza impugnata è errata nella parte in cui, pur condividendo che la pianta organica delle farmacie sia sopravvissuta alla riforma introdotta dall'art. 11, d.l. n. 1 del 2012, consente al Comune di prescindere da essa per deliberare l'istituzione delle nuove sedi farmaceutiche e per

individuare la localizzazione. In ogni caso, appare illegittima l'individuazione della zona dove si è ritenuto di istituire le nuove sedi.

I motivi non sono suscettibili di positiva valutazione.

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.

Correttamente il giudice di primo grado ha richiamato la giurisprudenza granitica della Sezione terza del Consiglio di Stato (a cominciare dalla sentenza 3 aprile 2013, n. 1858) secondo cui, 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 della sez. III, 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 III (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. St., sez. III, 4 ottobre 2017, n. 4629).

Il provvedimento di istituzione della nuova sede farmaceutica finisce necessariamente per impattare sulla pianta organica preesistente: questo effetto è connaturale alla riforma del settore e, quindi, non può costituire motivo di illegittimità della delibera comunale (Cons. St., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2562).

Ciò chiarito, nel caso all'esame del Collegio il Comune di Poggibonsi ha fatto buon governo delle regole dettate dal legislatore a presidio del potere di localizzazione delle due nuove sedi farmaceutiche, decidendo di istituirle lungo le assi stradali Via Pisana e Via Senese in zone ad alta concentrazione abitativa.

Le ragioni che hanno indotto a individuare dette due zone (Zona Via Pisana e Zona Via Senese – Romituzzo) sono state esaurientemente esplicitate nel parere reso dal Settore edilizia e urbanistica del comune di Poggibonsi, richiamato ob relationem nell'impugnata delibera di Giunta n. 111 del 2012.

Entrambe dette zone, oltre ad essere densamente abitate e con la presenza di attività terziarie, si trovano in posizione decentrata rispetto alle attuali

farmacie, sono attraversate da un tratto di anello viario che collega il centro al capoluogo.

Come chiarito dalla Sezione (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 loro 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. St., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2562; id. 22 novembre 2017, n. 5446; id. 30 maggio 2017, n. 2557).

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 (Cons. St., sez. III, 22 marzo 2017, n. 1305).

Aggiungasi che 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, nel testo modificato l'art. 11, comma 1, lett. a, d.l. n. 1 del 2012 – 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 incompatibile con il prevalente perseguimento dell'interesse pubblico (Cons. St., sez. III, 24 gennaio 2018, n. 475).

In conclusione, la scelta operata dal Comune di Poggibonsi appare legittima, alla luce dell'ampio potere discrezionale di cui esso gode.

4. L'appellante non può essere seguito neanche allorchè afferma che il

Comune non avrebbe spiegato le ragioni per cui ha deciso di avvalersi della possibilità di istituire una nuova sede farmaceutica, utilizzando i “resti” superiori al 50% del 3.300 abitanti richiesti dalla normativa.

La giurisprudenza della Sezione (2 maggio 2016, n. 1658; 18 dicembre 2015, n. 5780; id. 19 settembre 2013, n. 4667) ha riconosciuto che l'utilizzazione del resto è facoltativa e, nel sistema del d.l. n. 1 del 2012, non necessita di particolari giustificazioni o motivazioni. Infatti, lo scopo dichiaratamente perseguito dall'art. 11, d.l. n. 1 del 2012 è quello di “favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti... nonché di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico”; mentre il decreto legge nel suo insieme (che riguarda anche materie assai diverse dal servizio farmaceutico) persegue un obiettivo di politica economica mediante l'incremento della “concorrenza” e della “competitività”.

Dunque, sebbene l'utilizzazione del resto sia facoltativa e non vincolata, la formulazione della norma fa intendere che non vi è alcuna restrizione al riguardo; non si richiede cioè l'accertamento di particolari condizioni o esigenze; anzi, visti il contesto e la ratio della riforma è chiaro che il favore del legislatore è verso la massima espansione degli esercizi farmaceutici e quindi non si può ritenere necessaria alcuna specifica motivazione del Comune per giustificare tale scelta.

5. Con il quarto motivo si afferma l'illegittimità della localizzazione perché effettuata con l'acquisizione tardiva dei pareri, obbligatori e non vincolanti, della Azienda sanitaria e dell'Ordine dei farmacisti; detti pareri, intervenuti successivamente all'adozione della delibera della Giunta del Comune di

Poggibonsi n. 111 del 17 aprile 2012, non sanerebbero l'illegittimità del provvedimento di apertura della nuova sede.

Anche tale motivo è privo di pregio.

E' noto che secondo l'art. 2, comma 1, l. n. 475 del 1968, che funge da parametro di riferimento al fine di stabilire se la delibera impugnata dovesse o meno essere preceduta dall'acquisizione dei pareri della A.S.L. e dell'Ordine dei Farmacisti, l'apporto consultivo dei suddetti organi si rende necessario allorché il Comune "identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie": è quindi evidente che l'obbligo di acquisizione dei pareri è strettamente connesso e funzionale all'esercizio del potere di istituzione di nuove sedi farmaceutiche, essendo strumentale a verificare che il suo esercizio risponda all'esigenza di "assicurare un'equa distribuzione sul territorio" ed "una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico".

E' ben vero dunque che, come afferma l'appellante, nel caso in esame i pareri avrebbero dovuto essere acquisiti prima di adottare la delibera di localizzazione della nuova sede farmaceutica.

Il Collegio peraltro, pur riconoscendo che la procedura seguita dall'Amministrazione è stata irrituale, richiama un precedente della Sezione in termini (19 settembre 2013, n. 4668), che ha valorizzato la circostanza che i pareri espressi dall'Azienda Sanitaria e dall'Ordine dei Farmacisti non avevano mosso osservazioni critiche né proposto alternative o introdotto contributi istruttori di alcun tipo, limitandosi ad esprimere – motivatamente – assenso rispetto alle scelte operate dall'Amministrazione; con la conseguenza che la mancata preventiva acquisizione dei pareri in questione non aveva inciso sulla scelta dell'Amministrazione che, verosimilmente, non sarebbe stata diversa neppure se i pareri fossero intervenuti

tempestivamente.

La fattispecie corrisponde in pieno a quella oggetto del presente giudizio in cui i pareri, che andavano acquisiti al procedimento prima della delibera di giunta, sono stati chiesti successivamente alla stessa ma, una volta rilasciati, si sono limitati ad avallare le scelte effettuate dall'Amministrazione.

Pertanto, come condivisibilmente affermato dal giudice di primo grado, quand'anche tali pareri fossero stati acquisiti preventivamente non avrebbero in alcun modo influenzato il processo decisionale, non avendo formulato obiezioni ovvero proposte alternative atte, anche potenzialmente, ad incidere sulla decisione finale.

Da tale premessa correttamente il Tar Toscana ha fatto conseguire che, in applicazione dei principi di conservazione dell'atto e di strumentalità delle forme, non può annullarsi la delibera comunale per la parte in cui ha localizzato le nuove sedi, atteso che il Comune sarebbe costretto a reiterare il procedimento, il cui esito è ab initio scontato (Cons. St., sez. VI, 27 febbraio 2012, n. 1081).

6. Con la memoria di replica depositata il 19 aprile 2018 l'appellante ha dichiarato di rinunciare al sesto, settimo e ottavo motivo perché sugli stessi si è ormai formato un consolidato orientamento giurisprudenziale contrario.

Di tale rinuncia il Collegio deve dare atto.

Peraltro, solo per completezza espositiva il Collegio rileva che effettivamente costituisce orientamento costante della Sezione (30 maggio 2017, n. 2557; 19 settembre 2013, n. 4668) che, in presenza dell'istituzione di una nuova sede farmaceutica, non trovano applicazione le forme partecipative previste dall'art. 7, l. n. 241 del 1990, in quanto i farmacisti già

titolari di farmacia non possono considerarsi destinatari “diretti” del provvedimento da emanare, giacché detta istituzione solo di riflesso, ossia indirettamente, si risolve in una diminuzione della potenziale clientela di quelli.

Aggiungasi che l'apertura di una nuova sede farmaceutica costituisce un atto di pianificazione e di programmazione sicché, ai sensi dell'art. 13, comma 1, l. n. 241 del 1990, deve escludersi che al relativo procedimento possano applicarsi le norme sulla partecipazione e, in particolare, quella relativa all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento nei confronti dei titolari di sedi farmaceutiche già esistenti (Cons. St., sez. III, 6 febbraio 2015, n. 603).

7. Anche il settimo motivo, come anche in questo caso correttamente ha dato atto l'appellante, non è suscettibile di positiva valutazione alla luce di una consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo secondo cui nel sistema oggi delineato dal Testo Unico delle leggi sulle autonomie locali, il Consiglio comunale è l'organo di indirizzo e controllo politico-amministrativo, alla cui competenza la legge riserva gli atti di carattere strategico e programmatico nella vita della comunità locale, spettando alla Giunta l'adozione dei provvedimenti esecutivi e di gestione amministrativa. Tra questi ultimi, rientrano i provvedimenti di individuazione delle nuove sedi farmaceutiche.

8. Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque

inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

9. L'appello deve dunque essere respinto.

Le spese del grado di appello seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo nei confronti della Regione Toscana e del Comune di Poggibonsi; sono invece compensate nei confronti del Ministero della salute, che non ha svolto alcuna attività difensiva.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento, nei confronti della Regione Toscana e del Comune di Poggibonsi, delle spese e degli onorari del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi € 4.000,00, da ripartire in parti eguali tra le due amministrazioni. Compensa le spese del presente grado di giudizio nei confronti del Ministero della salute.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulia Ferrari

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO