

Pubblicato il 09/03/2022
N. 01692/2022REG.PROV.COLL.
N. 03009/2021 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 3009 del 2021, proposto da Comune di Ercolano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Nicola Mainelli, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

contro

Farmacia di Franco dei Drr. Edda e Claudio di Franco, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Orazio Abbamonte, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

Regione Campania, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Terza) n. 425/2021, resa tra le parti, pubblicata in data 19 gennaio 2021 e notificata al Comune in data 2 febbraio 2021, con la quale era dichiarato improcedibile il ricorso giurisdizionale introduttivo del procedimento di primo grado, per l' annullamento della efficacia:

- 1) della deliberazione di G.M. di Ercolano n. 430 del 26 novembre 2019, recante parere negativo alla istanza di trasferimento della sede dell'esercizio farmaceutico;
- 2) della proposta del competente Ufficio comunale SUAP di Ercolano, recepito nella delibera di cui al sub 1);
- 3) in uno a tutti gli atti ad esso preordinati, preparatori, conseguenti e connessi rispetto al provvedimento descritto al punto sub 1);
e è stato accolto il ricorso per motivi aggiunti notificato in data 20 marzo 2020:
- 4) della determina della Regione Campania - Direzione Generale per la Tutela della Salute-Politica del Farmaco prot n. 136179 del 2 marzo 2020, recante il diniego definitivo alla autorizzazione al trasferimento di locali della Farmacia originaria ricorrente nell' ambito della sede farmaceutica n. 9 del Comune di Ercolano, nonché
- 5) della delibera di G.M. di Ercolano n. 27/2020, attinente al rigetto delle osservazioni rese dalla originaria ricorrente in relazione alla delibera di G.M. di Ercolano di cui al sub 1);
- 6) di ogni atto e/o parere preordinato, connesso e consequenziali ai provvedimenti sopra identificati;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Farmacia di Franco dei Drr. Edda e Claudio di Franco;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2022 il Cons. Solveig Cogliani e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I - La questione sottoposta al vaglio del Consiglio attiene ai limiti della discrezionalità dell'Amministrazione nel denegare il trasferimento di esercizio farmaceutico nell'ambito della

stessa sede alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 1, 4° comma l. n. 475/68, 13, 2° comma d.P.R. n. 1275/71, e l. n. 362/91.

II – Infatti, il TAR Campania, con la sentenza appellata, concludeva per l'illegittimità della delibera di G.M. di Ercolano n. 27/2020, recante il rigetto delle osservazioni rese dalla Società istante, evidenziandone i vizi sotto il profilo della carenza istruttoria e, dunque, motivazionale con riguardo ai dati numerici e topografici oltre che urbanistici.

III - Deduce il Comune appellante i motivi di seguito riportati.

1- Straripamento di potere del giudice di primo grado, in relazione al dettato normativo di cui agli artt. 1, l. n. 475/68, 13 d.P.R. n. 1275/71 e l. n. 362/91, in quanto lo scopo della previsione normativa non sarebbe 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 (in termini, la parte evoca i precedenti della Sezione, 24 gennaio 2018, n. 475; 22 novembre 2017, n. 5446).

Ancora, precisa che, nell'organizzazione della dislocazione territoriale del servizio farmaceutico il Comune godrebbe 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 decisione sarebbe sindacabile solo sotto il profilo della manifesta illogicità ovvero della inesatta acquisizione al procedimento degli elementi di fatto (in tal senso, questa Sezione, 27 aprile 2018, n. 2562; id. 22 novembre 2017, n. 5446; id. 30 maggio 2017, n. 2557). Ne consegue che l'interesse commerciale dei farmacisti sarebbe destinato ad essere sacrificato per effetto dell'applicazione dell'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.

La decisione del primo giudice sarebbe avvenuta in contrasto con i principi sopra richiamati e oltrepassando i limiti del sindacato giurisdizionale.

In particolare, non troverebbe riscontro l'assunto della sentenza laddove individua la motivazione del diniego nella tutela della posizione delle preesistenti farmacie.

Come rilevato sin dal parere espresso in data 3 dicembre 2019 dal dirigente comunale del SUAP, in sede di preavviso di rigetto *ex art. 10 bis* l. n. 241/90, nonché dalla successiva relazione istruttoria del SUAP prot n. 25753 del 19 maggio 2020, così come allegata in atti quale incombenza istruttoria esecutiva della ordinanza cautelare del TAR Campania Napoli n. 908/2020, alla luce della topografia dei luoghi interessati dalla vicenda, (con particolare riferimento all'area di nuova localizzazione dello esercizio farmaceutico intestato alla Società originaria ricorrente, così come coincidente con la viabilità di Corso Italia e con il relativo prolungamento costituito dalla traversa Marconi n. 1, con lunghezza complessiva di circa ml 450), risultano insistere - in zona - già altre due farmacie, situate in un breve raggio di superficie.

Il giudice di prime cure, tuttavia, avrebbe, omissis di valutare, oltre che di pronunciarsi, la circostanza per cui la diversa dislocazione dell'esercizio farmaceutico, così come eventuale conseguenza della richiesta di trasferimento, sarebbe stata configgente con le previsioni generali della delibera di G.M. di Ercolano n. 382/2018, di approvazione della pianta organica delle farmacie localizzate sul predetto territorio comunale, provvedimento non contestato.

Inoltre, il T.A.R. avrebbe fondato il suo giudizio sulla evidenza della preesistenza delle due farmacie nella zona richiesta senza considerare i numerosi altri elementi considerati ostativi: 1) la densità della popolazione residente nelle diverse strade ricadenti nella zona farmaceutica interessata dalla richiesta di trasferimento; 2) la attuale collocazione baricentrica della farmacia "Di Franco" rispetto alle esigenze degli abitanti della zona; 3) la tipologia del sito; 4) la accessibilità al servizio farmaceutico garantito dall'attuale collocazione dell'esercizio in esame; 5) la folta presenza antropica che caratterizza l'area a nord di via Winckelmann, attualmente servita dall'esercizio farmaceutico interessato dalla istanza di trasferimento; 6) la saturazione della offerta farmaceutica nell'area che sarebbe interessata dal richiesto trasferimento, caratterizzata dalla attuale collocazione di quattro preesistenti esercizi farmaceutici. Ancora non avrebbe considerato che, dalla rilevazione

ufficiale di Anagrafe del Comune di Ercolano disposta in data 7 novembre 2019 e riprodotta nelle presupposte Note del SUAP, si riscontrava il dato complessivo di 3696 abitanti residenti nella zona farmaceutica d'interesse, identificata quale "Zona 9", con la ulteriore precisazione che i cittadini residenti nella zona localizzata a Nord della dichiarata nuova sede, ammonterebbero al complessivo numero di 2053, laddove, nel contempo, i residenti insediati nelle strade contigue al Corso Italia corrisponderebbero al complessivo numero di 1643.

Il primo giudice avrebbe anche indicato, nella misura di ml 140 (anziché nella stima oggettiva riprodotta dai tecnici comunali di ml 250) la distanza presuntivamente esistente tra l'attuale sede ed i nuovi locali dell'esercizio farmaceutico oggetto di richiesta di traslazione.

Infine, a supporto della mancanza di illogicità della scelta operata dall'Amministrazione, il primo giudice avrebbe omesso di considerare che l'eventuale traslazione dell'esercizio farmaceutico in esame nella zona di Corso Italia avrebbe sguarnito l'intero insediamento abitativo posto a Nord di via Winckelmann, riducendo la possibilità di accedere ad un esercizio farmaceutico contiguo alla zona, tenuto conto che la farmacia più vicina rispetto a tale insediamento abitativo è rappresentata dalla sede n. 5, localizzata alla via IV Novembre 91, distante oltre 450 ml dalla nuova, ipotizzata sede di Corso Italia 58, a fronte degli attuali ml. 280, che separano la predetta area a Nord di via Winckelmann in relazione alla attuale sede della Farmacia Di Franco.

Né potrebbe in alcun modo ritenersi l'influenza della motivazione della sentenza con riguardo alla mancata valutazione della dimensione angusta dell'immobile dove ha luogo attuale l'esercizio della farmacia, in quanto essa sarebbe frutto di una opzione imprenditoriale della stessa istante, la cui compatibilità edilizia e commerciale era, peraltro, legittimata, preliminarmente in fase di apertura dello esercizio, dal parere favorevole, espresso *ex artt.* 2 e 22 l. reg. Campania n. 13/85 e dalle Autorità regionali sanitarie competenti, che ne avevano attestato la conformità e l'idoneità.

2 – L'ingiustizia della sentenza per elusione del dettato normativo di cui all'art. 1, l. n. 475/68, in combinato con gli artt. 13 d.P.R. n.1275/71 e 1, l. n.362/91, in quanto la decisione di primo grado darebbe prevalenza all'interesse privato.

3 – Gli ulteriori profili di ingiustizia, poiché la sentenza avrebbe contestato apoditticamente la carenza dell'autonomia decisionale della determinazione della direzione generale per la Tutela della Sanità della Regione Campania prot n. 136179/2020, alla luce dell'assunto del pedissequo recepimento delle deliberazioni comunali impugnate. Dal contenuto del provvedimento regionale in esame, in quanto dotato di autonoma motivazione ed istruttoria, si evincerebbe che esso non possa ritenersi viziato da insussistente o carente profilo motivazionale.

Si è costituita la Farmacia originaria ricorrente ribadendo la correttezza della sentenza appellata, in particolare, con riguardo al ridotto ambito di discrezionalità dell'Amministrazione nell'ipotesi di trasferimento nell'ambito della medesima sede farmaceutica. Il giudice di primo grado, nell'accogliere il ricorso, avrebbe dunque correttamente preso avvio dalla constatazione dell'esiguità dello spostamento (ml 140) del locale d'esercizio, inidoneo ad incidere in misura anche solo avvertibile sugli interessi dell'utenza.

Come si evidenzerebbe nella perizia di parte, redatta dal geom. Paolo Guida oggetto di produzione in primo grado, esiste una delibera di pianta organica, n. 8/2019, dove sono indicate tutte le sedi farmaceutiche, e dalla quale si evincerebbe che il preteso quadrilatero appartiene alla menzionata sede n. 9 della farmacia Di Franco. Dunque, legittimamente, in esso, la stessa potrebbe insediarsi. L'area interessata dal trasferimento non potrebbe, quindi, essere "satura di esercizi farmaceutici", come al contrario indicato nella delibera.

Peraltro, anche la tesi del peggioramento per l'utenza servita dalla sede farmaceutica n. 9 non avrebbe fondamento fattuale. Nella perizia di parte, la posizione della Farmacia Di Franco non sarebbe baricentrica rispetto alla propria sede, essendo dislocata più verso la zona Nord. Il nuovo sito di Corso Italia risulterebbe invece in posizione baricentrica.

La densità della popolazione, in base alle ultime rilevazioni del Comune di Ercolano del 7 novembre 2019 risulterebbe così distribuita:

623 Via Winkelmann 681 Tirone di Moccia 208 Via Caprile,

219 II Trav. Tirone Di Moccia 421 Piazza Trieste,
980 Corso Italia II tratto 242 Via A. Rossi,
322 Via Marconi.

Rispetto all'attuale sede della farmacia Di Franco, che si trova nel punto mediano di via Winckelmann, e considerando che via Marconi attraversa in senso verticale da Nord a Sud tutta la sede n. 9, il conteggio degli abitanti a Nord e a Sud, che il tecnico della originaria ricorrente aveva rideterminato – è il seguente, da Nord a Sud:

311,5 Via Winkelmann - 311,5 Via Winkelmann,
681 Tirone di Moccia - 421 Piazza Trieste,
208 Via Caprile - 980 Corso Italia II tratto 219 II Trav. Tirone Di Moccia 242 Via A. Rossi,
161 Via Marconi - 161 Via Marconi,
Nord 1.580,5 abitanti – Sud 2.115,5 abitanti.

Pertanto, in forza del conteggio degli abitanti predetto, il nuovo sito della farmacia sarebbe più equilibrato rispetto alla distribuzione antropica dei residenti. L'appellata, infatti, precisa di non aver dedotto l'erroneità delle rilevazioni anagrafiche, ma della distribuzione della popolazione.

Esponde, altresì, la Farmacia appellata che, con la nuova sede si avrebbero servizi maggiori per l'utenza, con riguardo all'ampliamento del parcheggio, alla superficie di vendita, alla conservazione dei farmaci, all'introduzione di prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale e analitiche di primo e secondo livello, alla possibilità di preparazione di miscele per la nutrizione artificiale e di medicinali antidolorifici, alla messa a disposizione del pubblico di operatori socio-sanitari, di infermieri e di fisioterapisti, per l'effettuazione a domicilio di specifiche prestazioni professionali richieste dal medico di famiglia o dal pediatra di libera scelta, al noleggio della strumentazione di prima infanzia e di dispositivi deambulazione, alla raccolta farmaci per i meno abbienti del Banco Farmaceutico, alla presenza del defibrillatore con personale specializzato e di figure professionali quali Infermieri, fisioterapisti e psicologi.

Con memoria per l'udienza di discussione, il Comune appellante deduce l'acquiescenza rispetto ai motivi di appello preordinati ad evidenziare la sussistenza del vizio di straripamento di potere inficiante la menzionata sentenza di primo grado, così come la erroneità concernente l'indebito riconoscimento della prevalenza, in sede di ponderazione degli interessi confliggenti in sede di definizione dell'*iter* procedimentale di trasferimento.

Con memoria per l'udienza di discussione, la Farmacia appellata insiste per il rigetto dell'appello. Dalla relazione SUAP agli atti del primo grado emergerebbe che non vi è stata alcuna osservazione contraria allo spostamento da parte della popolazione, che la distanza è stata controllata, come anche la toponomastica indicata dalla Farmacia.

All'udienza di discussione del 17 febbraio 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

III – Osserva il Collegio che l'orientamento della Sezione, da cui non vi è motivo di discostarsi, nella materia per cui è causa, è nel senso di affermare il principio della libera scelta del farmacista in ordine all'ubicazione del proprio esercizio all'interno della sede di pertinenza, qualificandosi l'autorizzazione al trasferimento come provvedimento rivolto alla rimozione di un limite imposto dalla legge all'esercizio di un diritto.

Ne discende che correttamente il giudice di primo grado ha fatto richiamo al principio secondo cui, una volta individuate le sedi farmaceutiche (la valutazione comparativa dell'interesse pubblico a soddisfare le esigenze degli abitanti della zona non può ignorare l'interesse privato di natura imprenditoriale, alla stregua dei principi costituzionali ed unionali di libertà d'iniziativa economica e di concorrenza. Sicché il diniego può trovare giustificazione solo in situazioni particolari, ad esempio quando la collocazione prescelta, nell'ambito di una zona territorialmente molto vasta, risulti mal accessibile alla maggior parte dell'utenza della zona stessa (19 giugno 2018, n. 3744).

IV – Ciò premesso, con riferimento ai primi due motivi di appello, deve evidenziarsi che il primo giudice ha correttamente valutato l'insufficienza della motivazione del provvedimento negativo avendo riguardo alla ridotta distanza dello spostamento e alla carenza di specifici profili che

indicassero la difficoltà dell'utenza, evidenziando che l'enunciazione della compressione del servizio – proprio in funzione della dislocazione sul territorio – è rimasta astratta.

In tal senso, a fronte dei dati evidenziati e specificati anche nella perizia di parte, anche con riguardo alla proiezione in ragione dello spostamento – che si ribadisce è proposta all'interno della sede farmaceutica di pertinenza, come deliberata dall'Amministrazione, il sindacato del giudice amministrativo si è mantenuto all'interno del perimetro indicato dalla stessa appellante, al fine di rilevare la non coerente conclusione rispetto alla situazione fattuale rappresentata.

Peraltro, in tal senso depone anche l'invocata assenza di osservazioni contrarie da parte della popolazione.

Ne discende che nell'ipotesi in esame la discrezionalità amministrativa non può invadere le ragioni sottese alla scelta imprenditoriale, ma si deve limitare ad indicare concretamente l'eventuale sussistenza di cause ostative al servizio in favore dell'utenza.

Anche nella prospettazione di parte appellante, lo spostamento della farmacia non comporterebbe una distanza maggiore a 250 mt. sì da non risultare significativa in assenza di specifici ostacoli di viabilità, che non sono rappresentati.

In tale situazione, assunto rilievo, dunque, contrariamente a quanto affermato da parte appellante, i benefici per l'utenza e la scelta imprenditoriale della Farmacia richiedente, come sopra richiamati.

V – Da ultimo va evidenziato che parte appellata, lungi dal far acquiescenza ai dedotti vizi, ha ribadito nella presente sede i motivi recepiti dal giudice di primo grado a supporto della decisione gravata.

VI – Infine, ancora, non trova riscontro l'ultimo motivo di appello, risultando *per tabulas*, il recepimento delle osservazioni dell'amministrazione comunale nella determinazione regionale.

VII – Per tutto quanto sin qui ritenuto, pertanto, l'appello deve essere respinto e, per l'effetto deve essere confermata la sentenza di primo grado.

VIII – In ragione del principio di soccombenza, il Comune appellante è condannato al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, determinate in complessivi euro 3000,00 (tremila/00) oltre IVA e CPA, in favore della Farmacia appellata.

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 n. 425 del 2021.

Condanna il Comune appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, determinate in complessivi euro 3000,00 (tremila/00) oltre IVA e CPA, in favore della Farmacia appellata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

Umberto Maiello, Consigliere

L'ESTENSORE

Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO