



Vicende modificative della sede farmaceutica e garanzie di partecipazione procedimentale dei controinteressati

di **Giovanna Fortunato**, Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università Roma Tre

Consiglio di Stato, Sez. III, 19 aprile 2022, sentenza n. 2913

Pres. Maruotti, Est. Maiello

Boari (avv. Cammelli) c. Comune di Ferrara (avv.ti Fiorentino, Montini e Nannetti), A.F.M. Farmacie Comunali Ferrara (avv.ti Gualandi e Minotti), Regione Emilia-Romagna (n.c.) e Azienda Ausl di Ferrara (n.c.)

Attività per la distribuzione di farmaci - Servizio pubblico - Natura imprenditoriale - Ampliamento spaziale dell'esercizio farmaceutico - Garanzie partecipative del privato - Inapplicabilità - Ragioni - Controinteressati - Non sussistono

Nell'ambito della rete farmaceutica territoriale, al contempo l'esercente eroga un servizio pubblico, agendo in veste di concessionario, e svolge attività imprenditoriale che soggiace ad un mero regime autorizzatorio laddove non consista nell'erogazione di farmaci ma si riferisca ad attività complementari. Nel caso di atto volto all'ampliamento della sede farmaceutica in locali non attigui alla sede preesistente, occorre valutare l'oggetto dell'attività assentita: in presenza di una duplicazione dell'attività di distribuzione dei farmaci, sorge la necessità di osservare la relativa disciplina pubblicistica; laddove, invece, l'estensione concerne un'attività diversa dalla distribuzione del farmaco, si pone il problema della applicabilità al procedimento autorizzatorio delle disposizioni in tema di partecipazione del privato e di comunicazione di avvio del procedimento nei confronti dei controinteressati. L'ampliamento dei locali in aree anche non attigue non costituisce apertura di una nuova farmacia e non esige il rispetto del regime normativo dettato per quest'ultima fattispecie

Vicende modificative della sede farmaceutica e garanzie di partecipazione procedimentale dei controinteressati

di GIOVANNA FORTUNATO

[SOMMARIO: 1. Il caso di specie; 2. La cornice legislativa e giurisprudenziale; 3. Ampliamento funzionale dell'esercizio preesistente e garanzie partecipative]

1. Il caso di specie

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ripercorre le tappe del ricorso promosso dal titolare di un esercizio farmaceutico privato avverso i provvedimenti sindacali con cui il Comune di Ferrara aveva autorizzato una farmacia comunale ad ampliare il proprio bacino di utenza tramite l'apertura di nuovi locali fisicamente disgiunti da quelli già in uso ma costituenti parte integrante della stessa farmacia.

A formare oggetto di impugnativa, con motivi aggiunti, era anche il successivo atto con il quale erano stati specificati gli effetti dell'autorizzazione, nel senso che oggetto di quest'ultima fosse "esclusivamente l'espletamento delle attività di vendita di parafarmaci, prenotazioni CUP ed eventuali futuri servizi nel rispetto della vigente normativa in materia di Farmacia dei Servizi"¹, così escludendosi la possibilità di distribuzione dei farmaci in senso stretto.

¹ Per quanto attiene alla nozione di "Farmacia dei servizi", l'art. 11, comma 1, della l. 18 giugno 2009, n. 69, recante "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile", ferme restando le competenze regionali, ha delegato il Governo ad adottare "uno o più decreti legislativi finalizzati all'individuazione di nuovi servizi a forte valenza socio-sanitaria erogati dalle farmacie pubbliche e private nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, sulla base dei seguenti principi e criteri direttivi: a) assicurare, nel rispetto di quanto previsto dai singoli piani regionali sociosanitari, la partecipazione delle farmacie al servizio di assistenza domiciliare integrata a favore dei pazienti residenti nel territorio della sede di pertinenza di ciascuna farmacia, a supporto delle attività del medico di medicina generale, anche con l'obiettivo di garantire il corretto utilizzo dei medicinali prescritti e il relativo monitoraggio, al fine di favorire l'aderenza dei malati alle terapie mediche; b) collaborare ai programmi di educazione sanitaria della popolazione realizzati a livello nazionale e regionale, nel rispetto di quanto previsto dai singoli piani regionali socio-sanitari; c) realizzare, nel rispetto di quanto previsto dai singoli piani regionali sociosanitari, campagne di prevenzione delle principali patologie a forte impatto sociale, anche effettuando analisi di laboratorio di prima istanza nei limiti e alle condizioni stabiliti con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, restando in ogni caso esclusa l'attività di prelievo di sangue o di plasma mediante siringhe; 34 d) consentire, nel rispetto di quanto previsto dai singoli piani regionali sociosanitari, la prenotazione in farmacia di visite ed esami specialistici presso le strutture pubbliche e private convenzionate, anche prevedendo la possibilità di pagamento delle relative quote di partecipazione alla spesa a carico del cittadino e di ritiro del referto in farmacia; e) prevedere forme di remunerazione delle attività di cui al presente comma da parte del Servizio sanitario nazionale entro il limite dell'accertata diminuzione degli oneri derivante, per il medesimo Servizio sanitario nazionale, per le regioni e per gli enti locali, dallo svolgimento delle suddette attività da parte delle farmacie, e comunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica; f) rivedere i requisiti di ruralità di cui agli articoli 2 e seguenti della legge 8 marzo 1968, n. 221, al fine di riservare la corresponsione dell'indennità annua di residenza prevista dall'articolo 115 del testo unico delle leggi sanitarie, di cui al regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, e successive modificazioni, in presenza di situazioni di effettivo disagio in relazione alla localizzazione delle farmacie e all'ampiezza del territorio servito". In attuazione di tale delega è stato emanato il d. lgs. 3 ottobre 2009, n. 153, con il quale si è provveduto alla definizione dei nuovi compiti e funzioni assistenziali delle farmacie pubbliche e private operanti in convenzione

Ad avviso del ricorrente, i provvedimenti in questione, individuando aree ove localizzare nuove farmacie, avrebbero richiesto la previa comunicazione di avvio del procedimento, nonché l'espletamento un'istruttoria adeguata, entrambi tuttavia omessi.

In ogni caso, se anche non si fosse trattato dell'autorizzazione per l'istituzione di una nuova farmacia, non sarebbe stato possibile configurare un "ampliamento", come definito dal provvedimento sindacale, posta la non contiguità fra i locali in questione e quelli oggetto del provvedimento autorizzativo principale.

con il Servizio sanitario nazionale. L'art. 1, comma 2, prevede che "I nuovi servizi assicurati dalle farmacie nell'ambito del Servizio sanitario nazionale, nel rispetto di quanto previsto dai Piani socio-sanitari regionali e previa adesione del titolare della farmacia, concernono: a) la partecipazione delle farmacie al servizio di assistenza domiciliare integrata a favore dei pazienti residenti o domiciliati nel territorio della sede di pertinenza di ciascuna farmacia, a supporto delle attività del medico di medicina generale o del pediatra di libera scelta, a favore dei pazienti che risiedono o hanno il proprio domicilio nel territorio di competenza, attraverso: 1) la dispensazione e la consegna domiciliare di farmaci e dispositivi medici necessari; 2) la preparazione, nonché la dispensazione al domicilio delle miscele per la nutrizione artificiale e dei medicinali antidolorifici, nel rispetto delle relative norme di buona preparazione e di buona pratica di distribuzione dei medicinali e nel rispetto delle prescrizioni e delle limitazioni stabilite dalla vigente normativa; 3) la dispensazione per conto delle strutture sanitarie dei farmaci a distribuzione diretta; 4) la messa a disposizione di operatori socio-sanitari, di infermieri e di fisioterapisti, per la effettuazione, a domicilio, di specifiche prestazioni professionali richieste dal medico di famiglia o dal pediatra di libera scelta, fermo restando che le prestazioni infermieristiche o fisioterapiche che possono essere svolte presso la farmacia, sono limitate a quelle di cui alla lettera d) e alle ulteriori prestazioni, necessarie allo svolgimento dei nuovi compiti delle farmacie, individuate con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano; b) la collaborazione delle farmacie alle iniziative finalizzate a garantire il corretto utilizzo dei medicinali prescritti e il relativo monitoraggio, a favorire l'aderenza dei malati alle terapie mediche, anche attraverso la partecipazione a specifici programmi di farmacovigilanza; c) la erogazione di servizi di primo livello, attraverso i quali le farmacie partecipano alla realizzazione dei programmi di educazione sanitaria e di campagne di prevenzione delle principali patologie a forte impatto sociale, rivolti alla popolazione generale ed ai gruppi a rischio e realizzati a livello nazionale e regionale, ricorrendo a modalità di informazione adeguate al tipo di struttura e, ove necessario, previa formazione dei farmacisti che vi operano; d) la erogazione di servizi di secondo livello rivolti ai singoli assistiti, in coerenza con le linee guida ed i percorsi diagnostico-terapeutici previsti per le specifiche patologie, su prescrizione dei medici di medicina generale e dei pediatri di libera scelta, anche avvalendosi di personale infermieristico, prevedendo anche l'inserimento delle farmacie tra i punti forniti di defibrillatori semiautomatici; e) l'effettuazione, presso le farmacie, nell'ambito dei servizi di secondo livello di cui alla lettera d), di prestazioni analitiche di prima istanza rientranti nell'ambito dell'autocontrollo, nei limiti e alle condizioni stabiliti con decreto di natura non regolamentare del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, restando in ogni caso esclusa l'attività di prescrizione e diagnosi, nonché il prelievo di sangue o di plasma mediante siringhe o 36 dispositivi equivalenti; f) la effettuazione di attività attraverso le quali nelle farmacie gli assistiti possano prenotare prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale presso le strutture sanitarie pubbliche e private accreditate, e provvedere al pagamento delle relative quote di partecipazione alla spesa a carico del cittadino, nonché ritirare i referti relativi a prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale effettuate presso le strutture sanitarie pubbliche e private accreditate; tali modalità sono fissate, nel rispetto delle previsioni contenute nel decreto legislativo 23 giugno 2003, n. 196, recante il codice in materia di protezione dei dati personali, e in base a modalità, regole tecniche e misure di sicurezza, con decreto, di natura non regolamentare, del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentito il Garante per la protezione dei dati personali". Successivamente, in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 153 del 2009, sono stati adottati due decreti del Ministro della Salute in data 16 dicembre 2010, uno recante "Erogazione da parte delle farmacie di specifiche prestazioni professionali" (pubblicato in G.U. 19 aprile 2011, n. 90), l'altro "Disciplina dei limiti e delle condizioni delle prestazioni analitiche di prima istanza, rientranti nell'ambito dell'autocontrollo ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera e), e per le indicazioni tecniche relative ai dispositivi strumentali ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera d) del decreto legislativo n. 153 del 2009" (pubblicato in G.U. 10 marzo 2011, n. 57).

Il Tribunale amministrativo respingeva il ricorso², facendo innanzitutto leva sulla natura da attribuire all'autorizzazione.

Non si tratterebbe, secondo il giudice di prime cure, dell'autorizzazione ad aprire una nuova farmacia, bensì di un'autorizzazione all'esercizio di "un'ulteriore e diversa attività commerciale, volta esclusivamente alla attività di vendita parafarmaci, prenotazioni CUP ed eventuali servizi tra quelli individuati dalla L. 69 del 2009".

Propugnando una diversa natura del provvedimento, si consentirebbe, dunque, il mutamento della disciplina applicabile, derivandone, in particolare, due corollari normativi: l'uno, relativo alla conseguente impossibilità di invocare "tutte le disposizioni a presidio della corretta gestione delle piante organiche e delle sedi farmaceutiche e relative assegnazioni"; l'altro, relativo alla esclusione delle garanzie di partecipazione al procedimento tipiche del provvedimento autorizzatorio per l'istituzione di una nuova farmacia, tanto più che, in presenza di una nuova attività, non sussisterebbe l'interesse a ricorrere e la qualificazione del ricorrente quale controinteressato dal provvedimento.

Avverso tale pronuncia veniva proposto appello sulla base di quattro principali motivi di gravame.

In primo luogo, si contestava la carenza di istruttoria svolta dal Tar circa la reale natura dell'attività in concreto assentita ed esercitabile presso il nuovo esercizio commerciale: il giudice avrebbe, infatti, dedotto la diversità del servizio erogato rifacendosi pedissequamente al solo dispositivo del provvedimento comunale.

In secondo luogo, si eccepiva la violazione delle norme a tutela della trasparenza dell'attività amministrativa (cfr. art. 1, commi 15 ss., L. n. 190/2012)³, nonché delle norme a tutela della partecipazione procedimentale del privato, di cui alla L. n. 241/1990.

² TAR Emilia-Romagna - Bologna, sez. II, 13 giugno 2018 n. 486.

³ Emblematici i commi 15 e 16 dell'art 1: così il comma 15 "Ai fini della presente legge, la trasparenza dell'attività amministrativa, che costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, secondo quanto previsto all'articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, è assicurata mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione, nel rispetto delle disposizioni in materia di segreto di Stato, di segreto d'ufficio e di protezione dei dati personali. Nei siti web istituzionali delle amministrazioni pubbliche sono pubblicati anche i relativi bilanci e conti consuntivi, nonché i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini. Le informazioni sui costi sono pubblicate sulla base di uno schema tipo redatto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che ne cura altresì la raccolta e la pubblicazione nel proprio sito web istituzionale al fine di consentirne una agevole comparazione". Così il comma 16: "Fermo restando quanto stabilito nell'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come da ultimo modificato dal comma 42 del presente articolo, nell'articolo 54 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, nell'articolo 21 della legge 18 giugno 2009, n. 69, e successive modificazioni, e nell'articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, le pubbliche amministrazioni assicurano i livelli essenziali di cui al comma 15 del presente articolo con particolare riferimento ai procedimenti di: a) autorizzazione o concessione; b) scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta

L'appellante evocava, poi, un proprio interesse "qualificato e differenziato", che avrebbe reso ineludibile il rispetto degli obblighi di pubblicazione e trasparenza dei provvedimenti autorizzatori, a garanzia di se stesso. Così come la definizione del procedimento amministrativo in pochi giorni confermerebbe la carenza di attività istruttoria ed il mancato accertamento della natura dell'attività in concreto esercitata.

Infine, l'appellante deduceva la violazione del Testo Unico delle leggi sanitarie (Regio Decreto n. 1265/1934) artt. 104 ss., recanti le disposizioni che regolano l'apertura di una nuova farmacia⁴.

Analogamente, veniva evidenziata la violazione delle norme concernenti il servizio farmaceutico⁵, di quelle relative alla gestione della concorrenza nelle attività professionali⁶, nonché delle disposizioni regionali in tema di servizio farmaceutico⁷, delle disposizioni "urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dei conti pubblici"⁸ e, ancora, delle norme di riordino del settore farmaceutico⁹ e del regolamento di attuazione¹⁰.

Tutta il suddetto apparato normativo sarebbe stato disapplicato, sull'erroneo presupposto che non si trattasse dell'istituzione di una nuova farmacia, bensì di un mero ampliamento della struttura preesistente, e peraltro in relazione ad attività che non riguardano la distribuzione del farmaco¹¹.

ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; c) concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati; d) concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera di cui all'articolo 24 del citato decreto legislativo n. 150 del 2009.

⁴ Si guardi, per esempio, all'art 116 del Testo Unico, che prevede una disciplina *ad hoc* per l'apertura di una succursale nella stessa zona, come sarebbe avvenuto nel caso di specie, ad avviso dei ricorrenti, laddove non si parlasse di nuova apertura: "Per provvedere ai bisogni dell'assistenza farmaceutica nelle stazioni di cura, il prefetto, sentito il Consiglio provinciale di sanità, può autorizzare l'apertura, nelle stazioni stesse, di farmacie succursali, limitatamente a un periodo dell'anno che viene determinato nel decreto di autorizzazione, sentita l'azienda per l'amministrazione delle stazioni, ovvero l'amministrazione municipale, quando il comune, luogo di cura, sia stato dispensato dal costituire l'azienda separata. Alle farmacie predette si applicano, in quanto possibile o non sia diversamente stabilito, le disposizioni del presente capo."

⁵ Legge n. 475 del 1968, artt. 1 ss.

⁶ Decreto-legge n. 1 del 2012, art. 11.

⁷ Legge Regionale Emilia-Romagna n. 19 del 1982, artt. 1-6, 27, 28 e 30.

⁸ Decreto Legislativo n. 269 del 2003, art. 48, comma 29, relativo al tetto di spesa per l'assistenza farmaceutica territoriale: "salvo diversa disciplina regionale, a partire dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il conferimento delle sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione ha luogo mediante l'utilizzazione di una graduatoria regionale dei farmacisti risultati idonei, risultante da un concorso unico regionale, per titoli ed esami, bandito ed espletato dalla Regione ogni quattro anni".

⁹ Legge n. 362 del 1991, art. 4, in riferimento alle procedure concorsuali da adottare per l'istituzione di nuove sedi farmaceutiche.

¹⁰ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 298 del 1994.

¹¹ La suddetta affermazione sarebbe, ad avviso del titolare leso, contraddetta da taluni indici, quali la presenza di scontrini emessi dalla "neo-succursale/nuova farmacia" relativi alla vendita di farmaci, il rinvenimento di una planimetria, riferita espressamente ad una "succursale della farmacia Porta Mare" (così riferendosi ad un locale nel quale viene esercitata la medesima attività della farmacia principale), nonché il riferimento nella planimetria alle norme relative al servizio farmaceutico e alla distanza tra le farmacie, che implicherebbero una considerazione del nuovo locale alla stregua di una nuova farmacia.

Parimenti, seppur si fosse trattato dell'apertura di una succursale anziché della istituzione di un nuovo punto di erogazione di servizi farmaceutici, comunque si sarebbero violate le disposizioni del Testo Unico Leggi Sanitarie.

Infine, veniva evidenziato che le norme relative alla regolazione dei servizi farmaceutici conformano l'istituto della farmacia quale "entità unica e non frazionabile", tale per cui un atto amministrativo che prefiguri una realtà differente si pone in conflitto con il principio di nominatività e tassatività dei provvedimenti amministrativi.

Si aggiungeva, per completare il quadro, che i provvedimenti adottati dal Comune richiamaivano un parere dell'Ufficio Regionale che avrebbe sì consentito l'ampliamento della farmacia in locali non attigui, ma utilizzabili quale mero deposito e non per l'esercizio di attività commerciale.

Per parte loro, l'amministrazione comunale e il controinteressato insistevano per la qualificazione del servizio erogabile nella nuova sede, quale "vendita di parafarmaci, prenotazioni CUP ed eventuali futuri servizi" e, così operando, individuava un'attività in alcun modo lesiva dell'interesse di terzi, in quanto diversa rispetto a quella "farmaceutica in senso stretto" esercitata nell'esercizio commerciale di pertinenza dell'appellante.

Con la sentenza qui annotata, il Consiglio di Stato respinge l'appello, aderendo alla qualificazione del provvedimento sindacale impugnato quale mero ampliamento funzionale dell'esercizio preesistente e non come autorizzazione all'istituzione di una nuova farmacia: *ergo*, non era dovuta l'osservanza della disciplina di settore relativa all'erogazione di servizi farmaceutici e, in particolare, al contingentamento delle farmacie.

A supporto delle sue conclusioni, il Collegio riporta il contenuto inequivocabile degli atti comunali, quanto alla delimitazione dell'attività esercitabile, rendendo esso evidente come non possa darsi nei fatti il caso di una farmacia nuova e distinta rispetto a quella principale.

La richiesta di un ampliamento nella prossimità del locale originario, peraltro, non sarebbe stata plausibile in virtù della localizzazione della farmacia nelle mura di Ferrara, considerate "Patrimonio dell'Umanità" dall'Unesco e, dunque, vincolate.

D'altra parte, già nella domanda presentata per l'acquisizione dei nuovi locali, si sottolineava la volontà dei richiedenti di trasferire parzialmente nei nuovi locali "parte dell'attività che attualmente viene svolta in farmacia ed in particolare la vendita di parafarmaci e lo svolgimento del CUP, al fine di "ampliare la gamma dei servizi ai propri utenti".

La medesima precisazione era contenuta anche nella richiesta di parere alla Regione da parte della ASL, la quale precisava che tali nuovi locali sarebbero divenuti "parte integrante della farmacia esistente, pur essendo ubicati di fronte alla sede già autorizzata". E, in merito, la Regione si esprimeva positivamente

affermando il principio per cui “l’organizzazione dell’attività della farmacia in locali disgiunti non pare in contrasto con la normativa vigente e con le finalità dalla stessa tutelate”.

Una volta acquisito l’assenso regionale, il Comune approvava lo schema di concessione dei locali alla società controinteressata. Tale approvazione rendeva subito noto che la finalità di ampliamento era quella di implementare i servizi già erogati.

Ottenuta, quindi, la concessione dei locali, la società presentava istanza di autorizzazione, accolta dal Comune stesso, il quale autorizzava l’ampliamento dei locali con il fine di erogare “nuovi servizi alla cittadinanza”. Seguiva, poi, da parte del Comune l’autorizzazione per l’apertura dei nuovi locali, sempre specificando che fossero “parte integrante della farmacia comunale esistente”, seguita ed integrata da un ulteriore provvedimento sindacale, il quale chiariva che queste concernessero esclusivamente “l’espletamento dell’attività di vendita di parafarmaci, prenotazioni CUP ed eventuali futuri servizi nel rispetto della vigente normativa in materia di Farmaci dei Servizi”.

L’*iter* logico seguito dal Collegio muove, dunque, dalla qualificazione della nuova attività assentita.

Gli elementi a favore dell’ampliamento della struttura sono innumerevoli, troppi per poter giustificare conclusioni differenti¹².

Una volta chiarito che non si tratti dell’apertura di una nuova farmacia, ne consegue che non vi fosse l’esigenza di inoltrare una comunicazione di avvio del procedimento all’appellante; e ciò, valeva ancora di più, considerando che il ricorrente non era titolare di una posizione differenziata.

Quanto alla presunta violazione delle regole sulla trasparenza, per 15 giorni consecutivi si era in realtà adempiuto l’obbligo di pubblicazione dell’istanza di ampliamento nell’albo pretorio comunale e in quello della ASL territorialmente competente.

Inoltre, il breve termine di venti giorni, che è stato sufficiente per il rilascio dell’autorizzazione, non è emblematico di alcun difetto di istruttoria, trovando giustificazione nella circostanza che l’amministrazione già avesse avuto modo di valutare la fattibilità dell’ampliamento nel 2012.

Infine, vale il rilievo per cui non vi è una vera e propria disciplina specificatamente relativa “all’ampliamento della farmacia preesistente rispetto ad attività diversa dalla vendita di farmaci”, il che spiega le incertezze dell’ente nel rifarsi talvolta alla disciplina generale in tema di apertura delle farmacie, e talaltra prescindere laddove non vi sia una corrispondenza con le finalità in concreto perseguite.

¹² Tra questi, venivano individuati due scontrini relativi alla vendita di farmaci, emessi in data 29 maggio 2014, nonché un ulteriore scontrino che recava l’intestazione di “A.F.M. Farmacie Comunali S.r.l-Farmacia 1”. Sul punto ritiene il Collegio, relativamente all’ultimo scontrino, che al più venga provata tramite quest’ultimo, l’unicità dell’attività esercitata; relativamente ai primi emessi, invece, che si trattasse di un’attività isolata ed antecedente al provvedimento sindacale integrativo, il quale ha chiarito definitivamente il contenuto dell’attività. Sembrava, inoltre, avere valore circostanziale, più che probatorio, ai fini qualificatori, anche il cartello affisso fuori dai locali (Recante la scritta “In questo locale possono entrare al massimo n. 4 clienti” con l’intestazione “A.F.M. Farmacie Comunali di Ferrara s.r.l.”), nonché la planimetria, relativa ai lavori di adeguamento dei locali, i quali sembravano indicare la nuova attività come succursale. Anche sul punto la sentenza si è espressa in termini di documenti non idonei ad esprimere le reali intenzioni commerciali della società committente e a costituire elementi di prova.

2. La cornice legislativa e giurisprudenziale

Il Testo Unico delle Leggi sanitarie (R.D. 27 luglio 1934 n. 1265), all'art 110, prevede che gli arredi, le provviste e le dotazioni attinenti all'esercizio farmaceutico debbano essere "contenuti nella farmacia o nei locali annessi".

Ciò ha sempre implicato, negli anni, un'interpretazione restrittiva del concetto di "ampliamento" di farmacia preesistente¹³, nel senso che ogni apertura in locali non attigui era da catalogarsi quale istituzione di una nuova farmacia o di una sua succursale, con l'onere conseguente di uniformarsi alla normativa vigente in tema di rispetto della concorrenza e di assegnazione di nuove sedi¹⁴.

A detta tendenza si è associata l'inerzia del legislatore nazionale, che non ha mai specificato con precisione cosa dovesse intendersi con la dicitura "locali annessi"¹⁵: di qui, l'intervento suppletivo spiegato tanto dal Ministero della Salute, quanto dal giudice amministrativo, i quali si sono fatti carico dell'onere di colmare tale lacuna.

Interpellato più volte dalle autorità sanitarie locali circa la possibilità di utilizzare, per differenti finalità, da parte del medesimo titolare, locali distanti dalla farmacia autorizzata, il Ministero della Salute ha reso pareri che, seppur non vincolanti, hanno avuto spesso valore dirimente, posta la carenza di riferimenti normativi ed esegetici in materia.

Si pensi, ad es., alla possibilità, prospettata al Ministero, di utilizzare quale magazzino della farmacia un locale separato, rispetto a quello adibito a punto vendita.

Sul punto, coerentemente con una interpretazione rigorosa della nozione di "locali annessi"¹⁶, si è statuito che "il magazzino di una farmacia deve essere annesso alla farmacia medesima, potendosi considerare, tuttavia, annesso anche un magazzino posto all'esterno del punto vendita, ma contiguo allo stesso": in altre

¹³ Così, in giurisprudenza, si pensi, tra i tanti al TAR Puglia, Lecce, sez. II, 14 marzo 2012, n. 507, il quale respingeva il ricorso di un farmacista che si era visto intimare la chiusura del locale - distaccato e distante da quello nel quale si svolgeva la consueta attività di distribuzione del farmaco - nel quale venivano realizzate solo ed esclusivamente le attività previste dal d. lgs. n. 153 del 2009. In tale sede è stato statuito che "dall'insieme delle disposizioni sopra citate, è chiaro che il legislatore abbia inteso consentire l'attività volta ad erogare prestazioni analitiche di prima istanza solo all'interno dei locali della farmacia e non anche in locali ubicati all'esterno di essa e distanti dalla sede. Ed invero, la locuzione «presso le farmacie territoriali pubbliche e private» utilizzata all'art. 1, comma 1, del D.M. del 16.12.2010, adoperata con riferimento all'utilizzo dei cosiddetti «test autodiagnostici», va intesa chiaramente nel senso che tali prestazioni devono essere erogate in farmacia".

¹⁴ Tra le tante, le più rilevanti, da applicarsi, la normativa contenuta nel Testo Unico delle leggi sanitarie, relativa alle disposizioni necessarie per l'apertura di una nuova farmacia, nonché concernenti il servizio farmaceutico; ancora quelle relative alla gestione della concorrenza nelle attività professionali, nonché alle disposizioni regionali in tema di servizio farmaceutico. In ultimo, le disposizioni "urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dei conti pubblici" e le norme di riordino del settore farmaceutico e del suo regolamento attuativo.

¹⁵ Così il Testo unico (R.D. 1265/1934), art 110, cit.

¹⁶ In questo senso, F. LIBANORI - P. ZAMBONARDI, *Autorizzazione ampliamento farmacie quali sono i requisiti? Commento alla sentenza del Consiglio di Stato n. 2913/2022 e analisi del contesto normativo*, in www.zambonardi.it, 27 giugno 2022.

parole, precisando che l'annessione fosse da riferirsi al solo rapporto di contiguità con il punto vendita, veniva esclusa la possibilità di ammettere locali fisicamente separati¹⁷.

Allo stesso modo, il Ministero della Salute¹⁸, chiamato in causa dall'Agenzia per la tutela della Salute (ATS) della Città metropolitana di Milano¹⁹, fissava il principio per cui la farmacia dovesse essere intesa quale *unicum* anche dal punto di vista strutturale e logistico, potendosi prevedere locali annessi, intesi quali comunicanti con lo spazio di vendita e non già distinti rispetto a questi ultimi²⁰.

La necessità pratica di addivenire ad una lettura più chiara ed univoca possibile del dettato normativo è emersa, poi, soprattutto alla luce dei tre decreti del Ministero che hanno istituito la cosiddetta "Farmacia dei Servizi"²¹, attribuendo ai farmacisti la possibilità di erogare servizi ai cittadini, diversi dalla vendita dei farmaci, spesso sorgendo un'esigenza di ampliamento dei locali.

Una analoga necessità, più recentemente, si è presentata per effetto dell'esperienza fatta con l'emergenza del Covid-19, relativamente al necessario intervento delle farmacie per l'effettuazione di tamponi e vaccinazioni, al fine di decomprimere il carico ospedaliero²².

¹⁷ Tale valutazione sembrerebbe basarsi sulla funzionalità, rispetto all'attività farmaceutica, del solo magazzino posto in prossimità della struttura farmaceutica.

¹⁸ Decreto Ministeriale del 30 maggio 2019, in riferimento all'art. 110 del Testo unico delle leggi sanitarie e al quadro legislativo in materia farmaceutica. In particolare, Ministero della Salute – Direzione Generale dei dispositivi medici e del servizio farmaceutico, con nota prot. 31620, del 30.5.2019, a riscontro della richiesta della Dirigente Programmazione Polo Ospedaliero Farmaco, Dispositivi e HTW della Regione Lombardia in data 17.5.2019.

¹⁹ La quale, il 13 giugno del 2019, una volta acquisito il parere, aveva respinto la domanda da parte della Farmacia Dott. Metalla Snc di Dott. Metalla Marco Maria e C., circa la possibilità di istituire un laboratorio galenico in una sede distante cinque chilometri rispetto ai locali principali ed aperti al pubblico della farmacia. L'Agenzia si esprimeva coerentemente con il parere del Ministero, tramite la determinazione dirigenziale del Direttore dell'UOC Vigilanza Farmaceutica – ATS Milano Città Metropolitana n. 618 dell'8.7.2019, comunicata in data 9.7.2019 e pubblicata sull'Albo pretorio dall'8.7.2019 al 22.7.2019, avente ad oggetto "Farmacia sede n. 85 del Comune di Milano, mediante la quale si respingeva l'istanza di ampliamento locali (prot. 157515/18 presentata dalla Farmacia Metalla snc.).

²⁰ Proprio tale decisione è stata successivamente oggetto di impugnazione davanti al Tar Milano nella sentenza n. 659 del 2020, pubblicata il 22 aprile del 2020.

²¹ Il riferimento è fatto a tre decreti: il Decreto n. 57 del 10 marzo 2011 16 dicembre 2010, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, che prevede la disciplina analitica delle prestazioni di prima istanza; il Decreto n. 90 del 19 aprile 2011 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, che prevede l'erogazione di specifiche prestazioni professionali; il Decreto n. 229 del 1° ottobre 2011, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 8 luglio 2011 (www.salute.gov.it)

²² Così, tra i tanti, il Direttore Generale Direzione Generale Cura della persona, Salute e Welfare Regione Emilia- Romagna nel comunicato avente ad oggetto "indicazioni relative ai locali separati dalla farmacia idonei all'esecuzione di test diagnostici Covid", del 16 aprile 2021 (www.ordfarmbo.it), nel quale si prevede espressamente "La disciplina regionale già adottata in materia (DGR 1272/2020, 1840/2020, 1940/2020, 118/2021 e 464/2021) prevede: Esecuzione del test in ambiente dedicato o separato dal locale di vendita o, in alternativa, a Farmacia chiusa o con altre modalità che garantiscono la riservatezza e la sicurezza necessarie; l'eventuale spazio esterno è ricompreso nella planimetria della Farmacia, nella relativa area di pertinenza o in locali idonei in utilizzo alle farmacie medesime L'espressione "in locali idonei in utilizzo alle farmacie medesime" deve essere declinata alla luce della possibilità introdotta per la prima volta dall'Accordo Quadro del 29 marzo 2021 di utilizzare locali separati, anche mediante l'allestimento di unità mobili (es. Gazebo), per lo svolgimento di servizi assistenziali offerti dalle farmacie in risposta all'emergenza pandemica."

Si rileva, però, che nel caso dei vaccini somministrati nei gazebo antistanti alle farmacie, tale possibilità è stata pur sempre inquadrata quale modalità eccezionale, autorizzata solamente alla luce dell'emergenza pandemica.

In assenza di chiare disposizioni normative, l'orientamento giurisprudenziale ha, storicamente, seguito l'impostazione ministeriale, considerando la farmacia quale unico blocco funzionalmente e fisicamente collegato, e valutando eventuali estensioni in locali distinti quali istituzioni di nuove farmacie non autorizzate, in violazione del principio di concorrenza e dell'attribuzione mediante pubblica gara²³.

Tale approccio è rimasto fermo fino alle due recenti pronunce assunte, da una parte, dal Tar Lombardia, nel 2020²⁴, in riferimento alla possibilità di istituire laboratori galenici in locali non contigui alla farmacia; e, dall'altra, dal Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, relativa alla possibilità di ampliare l'esercizio commerciale, in locali non attigui, per finalità che non coinvolgono la vendita di farmaci.

Circa la possibilità di istituire un laboratorio in luogo separato rispetto al punto vendita dei farmaci l'apertura del Tar muove dalla constatazione secondo cui la normativa di riferimento (l'art. 109, R.D. n. 1265/1934, cit.) «richiede sì l'indicazione nel decreto di autorizzazione, della località nella quale la farmacia deve avere la sua sede, con la specificazione che "l'autorizzazione è valevole solo per la detta sede", ma senza ulteriori indicazioni preclusive di una articolazione della stessa su più locali, non fisicamente collegati. Ferma, cioè, la necessità che la sede della farmacia debba risultare dall'autorizzazione, non è con ciò precluso dalla norma che un locale afferente all'azienda farmaceutica possa essere ricompreso nell'autorizzazione, sia pure quale locale non accessibile al pubblico e perciò solo inidoneo ad incidere sul contingentamento delle sedi farmaceutiche (di cui all'art. 1 della legge 2.04.1968 n. 475 e ss. mm. e ii.), in quanto destinato soltanto ad ospitare una parte del laboratorio galenico».

Tale possibilità sarebbe coerente con la *ratio* sottesa alla disciplina in tema di contingentamento delle farmacie e della loro previa ubicazione attraverso la pianta organica.

La volontà del legislatore è, infatti, quella di garantire l'erogazione di un servizio a tutti i cittadini, garantendo un'equa distribuzione del servizio, che non lasci scoperte aree di utenza²⁵, situazione che non sembrerebbe entrare in conflitto con un'articolazione della sede farmaceutica in più locali.

²³ Tar Lazio - Roma, sez. II, del 16 aprile 2021 n. 4252, ove il limite per l'apertura di nuove sedi viene individuato nella distanza di 200 metri, in tal modo enunciando il principio della concorrenza tra le farmacie, che sarebbe elusa dal sistema dell'ampliamento di una sede in locali non immediatamente attigui (*Rass. dir. farmaceutico*, 2021, 5, 1205); Tar Basilicata, sez. I, 18 luglio 2019 n. 645, ha ribadito il principio per cui il numero delle farmacie deve essere predeterminato ed un suo ampliamento non è giustificabile neanche dalle esigenze di decentramento introdotte dall'art. 11, d.l. n. 1 del 2012, convertito nella l. n. 27 del 2012, essendo preferibile il trasferimento della medesima farmacie in altra sede non servita. Da ciò si evince allo stesso modo, l'impossibilità di eludere tale sistema per il tramite di ampliamenti, di un'unica struttura, in locali non attigui, che costituiscono *de facto* istituzioni di nuove farmacie lesivi del principio della concorrenza (*Foro amm.*, 2019, 1364).

²⁴ Tar Lombardia - Milano, sez. III, 22 aprile 2020 n. 659.

²⁵ Così Cons. St., 22 maggio 2018 n. 3062.

In un'ottica complementare, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea²⁶ ha sancito la compatibilità dell'istituto della pianta organica con le disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e con il principio di libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), proprio perché funzionale alla garanzia del diritto alla salute, che passa per una capillare distribuzione dei farmaci sull'intero territorio, a sua volta compatibile con gli ampliamenti a ciò funzionali.

In termini compatibili si è espressa anche la nostra Corte Costituzionale²⁷, riconoscendo che «la complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci è preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista». E, in seguito²⁸, rilevando che «proprio allo scopo di garantire, attraverso la distribuzione dei farmaci, un diritto fondamentale come quello alla salute, il legislatore ha organizzato il servizio farmaceutico secondo un sistema di pianificazione sul territorio, per evitare che vi sia una concentrazione eccessiva di esercizi in certe zone, più popolose e perciò più redditizie, e nel contempo una copertura insufficiente in altre con un minore numero di abitanti».

Di tenore affini anche taluni pronunciamenti del Consiglio di Stato²⁹, che individuano la necessità di una disciplina pubblicistica in tema di servizi farmaceutici nell'opportunità di contemperare due opposte esigenze, quali la redditività dell'attività farmaceutica, da un lato, e la corretta erogazione del farmaco a tutela del diritto alla salute, dall'altro, dando luogo a un sistema che non sembra precludere la possibilità di individuare locali diversi per erogare servizi che non involvano la vendita di farmaci in senso stretto.

In tale prospettiva, anzi, l'articolazione funzionale al miglioramento dell'attività di distribuzione risponde agli obiettivi costituzionalmente previsti.

Anche da un punto di vista letterale, la dicitura “locali annessi”, di cui al citato art. 110 del TULLS, si presta ad una interpretazione ampliativa, seppure precedentemente non accolta dalla giurisprudenza.

Del resto, tale sintagma si presta a differenti livelli di lettura³⁰.

²⁶ C. giust. UE, 1.6.2010, C-570/07 C-571/07.

²⁷ Così Corte cost., 10 marzo 2006 n. 87.

²⁸ Così Corte cost., 18 luglio del 2014 n. 216.

²⁹ Cons. St., sez. III, 10 gennaio 2020 n. 229, ove si legge che la disciplina in tema di esercizi farmaceutici deve tendere «a contemperare due esigenze, non sempre convergenti: quella alla organizzazione e funzionamento del servizio farmaceutico secondo modalità tali da garantire la sua conformazione a standards qualitativi adeguati, tenuto conto delle implicazioni che esso presenta rispetto alla tutela della salute degli utenti, da un lato, e quella dei titolari degli esercizi farmaceutici a perseguire idonei livelli di redditività nell'attività farmaceutica, nell'esercizio del diritto di iniziativa economica di cui essa costituisce espressione, dall'altro»

³⁰ Così Tar Lombardia - Milano, sez. III, n. 659 del 2020, cit.

Il primo, afferente al linguaggio comune, indica “un locale accessorio unito o aggregato ad altro principale”; il secondo, riferibile ad un linguaggio giuridico, non sembrerebbe, invece, richiedere necessariamente un legame fisico.

Sul punto, il citato Tar Lombardia riprende la disciplina civilistica, argomentando nel senso che «la cosa accessoria non è legata stabilmente alla cosa principale né confluisce in modo indispensabile a formare la cosa composta». Precisa, inoltre, che non trattandosi di elementi indissolubilmente legati, essi possono formare oggetto anche di separati rapporti giuridici³¹.

Una simile conclusione si avvalora vieppiù considerando la farmacia non soltanto quale luogo di erogazione di servizi essenziali, ma anche quale azienda nella disponibilità del farmacista³² e, dunque, quale aggregato “dinamico” di beni e servizi organizzati da un imprenditore.

In tale prospettiva, il concetto di unità aziendale non sembrerebbe rescindibile né, per un verso, dalla divisione della farmacia in locali fisicamente separati³³; né, per altro verso, dalla possibilità che nei due luoghi fisici distinti nei quali l’attività è esercitata, ciò avvenga in base a due differenti atti autorizzatori³⁴.

Invero, posto che la giurisprudenza suole riferirsi all’unità del complesso aziendale, sebbene l’attività farmaceutica venga esercitata in locali distinti e sulla base di differenti autorizzazioni, non si comprende per quale ragione non si possa parlare di complesso aziendale anche in riferimento a locali diversi, soggetti alla medesima autorizzazione, ove in uno dei due non si eserciti l’attività sensibile di vendita dei farmaci.

Il suddetto *iter* argomentativo ha ispirato il *decisum* del Consiglio di Stato nella pronuncia qui in commento. Proprio in tale occasione è stato, infatti, ulteriormente esteso il principio dell’unità aziendale al di fuori del perimetro rappresentato dalle mura della farmacia, anche in situazioni diverse dall’ipotesi in cui nel locale non contiguo si trasferisca il solo laboratorio galenico o una parte di esso³⁵.

I giudici di Palazzo Spada hanno, quindi, ritenuto che possa parlarsi di unità del complesso aziendale anche in riferimento all’apertura di attività commerciali in locali separati che riguardassero «esclusivamente l’espletamento delle attività di vendita parafarmaci, prenotazioni CUP ed eventuali futuri servizi nel rispetto della vigente normativa in materia di “Farmacia dei servizi”».

³¹ Così, ancora, Tar Lombardia - Milano, sez. III, n. 659 del 2020, cit.

³² V. ANTONELLI, *Le farmacie nell’ordinamento italiano*, in *Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell’economia e di scienze dell’amministrazione*, 2008, il quale precisa che “l’esercizio della farmacia non può quindi dissociarsi dall’esercizio dell’impresa commerciale”.

³³ Così Tar Lombardia - Milano, sez. III, n. 659 del 2020, cit.

³⁴ Ulteriore precisazione effettuata dal Consiglio di Stato, sez. III, 27 giugno 2018 n. 3958, evidenziando che «la circostanza che l’attività sia esercitata, concretamente, in due distinti luoghi fisici, e sulla base di distinti atti autorizzativi, non costituisce fattore di segregazione delle due componenti aziendali»; così, ancora, TAR Piemonte, n. 1069/2016, cit.; nonché, Cons. St., n. 3958/2018, cit.

³⁵ Situazione già regolata da Tar Lombardia - Milano, sez. III, n. 659 del 2020, cit.

La suddetta statuizione ha avuto una eco importante accompagnata da iniziative di pronto recepimento da parte di associazioni rappresentative di categoria e della stessa federazione degli ordini dei farmacisti italiani.

La FOFI, infatti, si è espressa, nell'immediato, mediante una circolare³⁶ nella quale si affermava il principio secondo il quale l'estensione dell'esercizio di una farmacia in locali non contigui a quelli già in uso costituisce "un mero ampliamento delle attività di una farmacia già esistente, ancorché da espletarsi in locali disgiunti e all'interno dei quali, tuttavia, proprio per non duplicare il numero di esercizi farmaceutici attivi in zona, è possibile offrire unicamente servizi diversi dalla vendita dei farmaci".

Puntualizzando, in modo specifico, che l'ampliamento dell'esercizio attraverso l'apertura di locali fisicamente disgiunti da quelli già in uso non possa, in realtà, configurarsi come apertura di una nuova farmacia, duplicando l'esercizio già in essere, né come apertura di una sede succursale.

3. *Ampliamento funzionale dell'esercizio preesistente e garanzie partecipative*

Il capo terzo della L. n. 241/1990 regola la partecipazione del privato al procedimento amministrativo, che in tal modo viene coinvolto nell'attività della Pubblica Amministrazione³⁷.

L'intervento del privato si realizza mediante specifici istituti individuati dal legislatore: la comunicazione di avvio del procedimento (art. 7), l'obbligo di motivazione (art. 3), il preavviso di rigetto (art 10-*bis*), ecc...

Tali strumenti rilevano anche rispetto all'esercizio dell'attività farmaceutica, della quale conosciamo una dimensione privatistica (o imprenditoriale³⁸) e una pubblicistica (legata al ruolo di soggetto erogatore di un servizio pubblico assunto dal farmacista), con conseguente applicazione delle discipline relative, amministrative e civilistiche.

Tale ambivalenza deriva, per l'appunto, dalla compresenza di differenti vocazioni della farmacia ovvero: "l'esercizio, l'impresa, l'azienda"³⁹.

Per quanto attiene all'esercizio, il potere amministrativo regola l'attività del farmacista, nonché l'assegnazione delle sedi. Viceversa, si parla di azienda in riferimento al complesso di beni necessari per

³⁶ Circolare FOFI n.13682, n. protocollo 202200005760/A.G., emessa il 2 maggio del 2022 ed avente ad oggetto "Sentenza Consiglio di Stato n. 2913/2022: vendita parafarmaci, prenotazioni CUP ed eventuali futuri servizi in locali non contigui".

³⁷ F. GIGLIONI - S. LARICIA, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, IV agg., 2000, 943, i quali ricordano che il vocabolo "partecipazione", ha un'etimologia latine nelle parole *pars* (parte) e *capere* (prendere).

³⁸ La farmacia individua, dunque, "il locale nel quale il farmacista esplica la propria attività professionale, cioè il punto di vendita nel quale il professionista sanitario entra in rapporti di scambio con i consumatori, nella sua duplice veste di imprenditore commerciale e di educatore sanitario", come ricorda R. FERRARA, *Farmacia*, ad vocem, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989.

³⁹ G. LANDI, *Farmacia*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 836 ss.

l'esercizio dell'attività e di attività imprenditoriale in relazione all'attività del farmacista-imprenditore nei confronti dei terzi.

Proprio tale insieme composito ha indotto autorevole dottrina a parlare delle farmacie quali un separato ed autonomo "ordinamento sezionale", che conterrebbe, seppure in dimensione ridotta, tutti gli elementi di un vero e proprio ordinamento giuridico dello Stato⁴⁰.

Per quanto qui di interesse, è bene soffermarsi sul versante dell'esercizio dell'attività farmaceutica e, dunque, sui segmenti di attività interessati dall'esercizio di potere autoritativo.

A rilevare è proprio il procedimento volto all'emanazione dell'atto attributivo del potere di esercitare l'attività di vendita di parafarmaci, prenotazioni CUP ed altre, da parte della Pubblica Amministrazione⁴¹.

È opportuno, a questo proposito, verificare quale sia la natura giuridica di tale provvedimento ampliativo⁴² e determinarne a valle le conseguenti garanzie per il privato.

Infatti, qualora si trattasse di un atto istitutivo di una nuova unità farmaceutica, dovrebbe applicarsi tutta la disciplina pubblicistica di riferimento⁴³, compresa la parte riguardante le garanzie partecipative dei privati interessati dal provvedimento ampliativo.

Proprio su tale qualificazione poggia la questione sollevata dal ricorrente, prima davanti al Tar e poi davanti al Consiglio Stato, il quale lamentava il mancato invio della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo volto a concedere l'ampliamento dei locali ai titolari della farmacia concorrente (art. 7 della legge 241/1990).

⁴⁰ Così M.S. GIANNINI, *Le farmacie*, in *Rass. amm. sanità*, 1963, 171 ss.

⁴¹ Con ciò il riferimento al provvedimento autorizzatorio rilasciato dal Comune di Ferrara per l'avvio delle attività nella sede separata della farmacia comunale principale.

⁴² Il riferimento è fatto agli atti con i quali il Comune di Ferrara ha autorizzato l'ampliamento dell'attività in locali distinti da quelli immediatamente contigui.

⁴³ Il riferimento viene fatto alla disciplina concessoria, delle piante organiche e dell'assegnazione della sede mediante bando di gara. Circa la pianificazione territoriale: il diritto d'esercizio consegue ai procedimenti di pianificazione territoriale primaria del servizio farmaceutico. Tale pianificazione viene attuata attraverso la istituzione delle farmacie permanenti nell'ambito della pianta organica delle sedi farmaceutiche cui afferiscono e la loro definitiva assegnazione avviene secondo diverse modalità a) per prelazione ai Comuni (articolo 9, comma 1, Legge n. 475/1968) e alle Aziende Ospedaliere (articolo 9, comma 2, Legge n. 475/1968, in relazione all'articolo 5, comma 1, D.L.vo n. 502/1992 modificato dall'articolo 6, D.L.vo n. 517/1993 e sostituito dall'articolo 5, D.L.vo n. 229/1999); b) per concorso ai farmacisti privati (articolo 4, Legge n. 362/1991); c) per riconoscimento del trasferimento negoziale o per successione del diritto di esercizio della farmacia (articolo 12, comma 3, Legge n. 475/1968); d) per decorso del termine di gestione provvisoria (articolo 1, Legge n. 34/1981; articolo 1, Legge n. 892/1984; articolo 1, Legge n. 48/1990; articolo 14, Legge n. 362/1991; articolo 1, Legge n. 389/1999; articolo 42, Legge n. 3/2003). Ma ciò avviene anche quando consegue ai procedimenti di pianificazione territoriale secondaria del servizio farmaceutico, attuata mediante e) la istituzione delle farmacie succursali (articolo 116, T.U. n. 1265/1934) e dei dispensari farmaceutici anche stagionali (articolo 1, Legge n. 221/1968 nel testo modificato dall'articolo 6, Legge n. 362/1991), come anche nel caso di f) affidamento della farmacia in gestione provvisoria per motivi di ordine pubblico (articolo 129, T.U. n. 2 1265/1934) ovvero per impedimento del titolare (articolo 11, comma 7, Legge n. 475/1968 nel testo sostituito dall'articolo 11, Legge n. 362/1991).

In particolare, secondo tale prospettazione l'ampliamento sottendeva velatamente l'istituzione di una nuova farmacia, il che imponeva il rispetto del principio del contraddittorio procedimentale⁴⁴ nonché una gara per l'attribuzione della sede, previamente individuata mediante pianta organica⁴⁵.

Contestando che potesse ampliarsi l'esercizio dell'attività farmaceutica in due locali distinti, senza realizzare uno sdoppiamento dell'attività, lo stesso ricorrente evidenziava come la successiva precisazione della P.A. circa la diversa natura dell'attività da svolgersi nei locali aggiuntivi altro non facesse che confermare l'illegittimità dell'originario provvedimento emesso.

Il ricorrente lamentava, in altre parole, che il Comune, mediante un provvedimento ampliativo⁴⁶, vincolato⁴⁷ di carattere concessorio⁴⁸, avesse attribuito la capacità di esercitare un'attività prerogativa dello Stato, consistente nell'erogazione di un servizio pubblico alla distribuzione del farmaco, posto a garanzia del diritto alla salute (art 32 Cost.).

⁴⁴ Si tratta, infatti, di un atto che contempera, da una parte, l'interesse pubblico alla garanzia del diritto alla salute mediante la distribuzione dei farmaci, dall'altra, quella del destinatario all'esercizio dell'attività d'impresa, ancora degli altri soggetti che svolgono attività analoga in un'ottica concorrenziale. Sul punto la CGUE "la libertà di stabilimento degli operatori economici deve essere bilanciata con le esigenze di tutela della sanità pubblica e che la gravità degli obiettivi perseguiti in tale settore può giustificare restrizioni che abbiano conseguenze negative, anche gravi, per taluni operatori" nella sentenza a cause riunite C-570/07 e C-571/07, Blanco Pérez.

⁴⁵ Sull'esigenza di una pianta organica in riferimento a norma straniere e nazionali è intervenuta anche la CGUE, sent. Cause riunite C-570/07 e C-571/07 Blanco Pérez, CGUE ord. 6 ottobre 2010, C-563/08, Carlos Sàez Sanchez e a.; CGUE sent. Sokoll-Seebacher, CGUE ord. 17 dicembre 2010, C-217/09, Maurizio Polisseni e a. e 29 settembre 2011, C-315/08, Angelo Grisoli e a.

Ad ogni modo, nel nostro ordinamento, il diritto d'esercizio consegue ai procedimenti di pianificazione territoriale primaria del servizio farmaceutico. Tale pianificazione viene attuata attraverso la istituzione delle farmacie permanenti nell'ambito della pianta organica delle sedi farmaceutiche cui afferiscono e la loro definitiva assegnazione avviene secondo diverse modalità a) per prelazione ai Comuni (articolo 9, comma 1, Legge n. 475/1968) e alle Aziende Ospedaliere (articolo 9, comma 2, Legge n. 475/1968, in relazione all'articolo 5, comma 1, D.L.vo n. 502/1992 modificato dall'articolo 6, D.L.vo n. 517/1993 e sostituito dall'articolo 5, D.L.vo n. 229/1999); b) per concorso ai farmacisti privati (articolo 4, Legge n. 362/1991); c) per riconoscimento del trasferimento negoziale o per successione del diritto di esercizio della farmacia (articolo 12, comma 3, Legge n. 475/1968); d) per decorso del termine di gestione provvisoria (articolo 1, Legge n. 34/1981; articolo 1, Legge n. 892/1984; articolo 1, Legge n. 48/1990; articolo 14, Legge n. 362/1991; articolo 1, Legge n. 389/1999; articolo 42, Legge n. 3/2003). Ma ciò avviene anche quando consegue ai procedimenti di pianificazione territoriale secondaria del servizio farmaceutico, attuata mediante e) la istituzione delle farmacie succursali (articolo 116, T.U. n. 1265/1934) e dei dispensari farmaceutici anche stagionali (articolo 1, Legge n. 221/1968 nel testo modificato dall'articolo 6, Legge n. 362/1991), come anche nel caso di f) affidamento della farmacia in gestione provvisoria per motivi di ordine pubblico (articolo 129, T.U. n. 2 1265/1934) ovvero per impedimento del titolare (articolo 11, comma 7, Legge n. 475/1968 nel testo sostituito dall'articolo 11, Legge n. 362/1991).

⁴⁶ Il provvedimento attributivo viene adottato dalla competente Autorità sanitaria, secondo le leggi regionali sul decentramento delle relative funzioni (articolo 32, comma 2, Legge n. 833/1978).

⁴⁷ T.A.R. Campania - Napoli, Sez. I, 1° aprile 2003, n. 3138

⁴⁸ Bisogna sottolineare la presenza di un passato dibattito sul punto, data l'incertezza della disciplina vigente. La legislazione farmaceutica, infatti, lo definisce indifferentemente come autorizzazione (articolo 109, T.U. n. 1265/1934 ed articolo 1, Legge n. 475/1968 nel testo modificato dall'articolo 1, Legge n. 362/1991 ed articolo 11, D.P.R. n. 1275/1971 ed articolo 3, Legge n. 362/1991) o come concessione (articolo 110, T.U. n. 1265/1934 ed articolo 3, D.Lgs. n. 230/1991); così lasciando ulteriori precisazioni sul punto alla giurisprudenza e all'attività in concreto esercitata dalla PA.

Tale conclusione sarebbe avvalorata dalla stessa incapacità statale di garantirlo efficacemente ed in condizioni di uguaglianza sul tutto il territorio nazionale, in assenza di sedi dislocate e ramificate⁴⁹.

Così ragionando, ne sarebbe conseguita l'effettiva ed inderogabile esigenza di coinvolgere i soggetti portatori di interessi incisi dal provvedimento ampliativo, quali i titolari di farmacie di prossimità, i quali sarebbero stati pretermessi in sede procedimentale, benché destinatari delle cosiddette "garanzie partecipative"⁵⁰: tenuto conto che il principio della partecipazione procedimentale, in ogni sua declinazione, costituisce un pilastro del diritto amministrativo⁵¹, nonché manifestazione del più ampio principio del giusto procedimento, posto a salvaguardia del buon andamento e dell'imparzialità dei pubblici poteri, come sancito dall'art 97 della Cost⁵².

La presenza del privato nel procedimento risponde a diverse funzioni e finalità e costituisce il riflesso della duttilità del procedimento amministrativo, il quale si pone come procedimento/contraddittorio, procedimento/istruzione, procedimento/collaborazione⁵³.

In tale prospettiva, se significativa è la funzione di garanzia del privato, che interviene nel procedimento per difendersi dal provvedimento lesivo dei propri interessi, esistono anche esigenze di completezza amministrativa, di collaborazione con la Pubblica Amministrazione⁵⁴, nonché necessità di integrazione ulteriore della legittimazione democratica già tracciata dal legislatore alla luce del principio di legalità⁵⁵.

⁴⁹Di rete farmaceutica parla anche G. FARES, *Rete farmaceutica. Le farmacie e le ultime novità dell'UE*, in *Quotidianosanita.it*, 13 aprile 2014. Sul contemperamento di interessi e sul servizio farmaceutico si esprime anche Corte cost., 28 dicembre 2006 n. 448; nonché Cons. St., ad. plen. 31 maggio 2002 n. 5; in dottrina, B.R. NICOLOSO, *Il provvedimento d'accesso al servizio farmaceutico*, in *Rass. dir. farm.*, 1991, fasc. 2; ID., *Gli interventi di razionalizzazione della assistenza farmaceutica in regime convenzionale*, in *Rass. giur. farm.*, 1992, fascicolo 12.

⁵⁰ E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, 27, dove si legge: "il diritto al contraddittorio procedimentale, non diversamente da quello processuale, rientra nel più generale diritto di azione e di difesa. Tuttavia, nel procedimento amministrativo il principio del contraddittorio assume particolare rilevanza giuridica, perché consente all'interessato di acquisire e di esercitare pienamente, la qualità di "parte" nel procedimento". Sul punto vedi anche G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, 25 e ss., dove si sottolinea la differenza profonda tra "parte" e "partecipante". Cfr., anche A. SAGGIO, *Appunti sulla ricevibilità dei ricorsi d'annullamento proposti da persone fisiche o giuridiche in base all'173, quarto comma del Trattato CE*, in *Rivista di diritto europeo*, 1997-3, dove si mette in luce che la partecipazione alla procedura di formazione dell'atto è un "segnale" (non certo, però una condizione dell'azione) utilizzato dalla giurisprudenza per dedurne la legittimazione dei singoli ad impugnare un atto generale. Si noti che l'articolo considerato è stato sostituito dall'art. 230 Trattato CE.

⁵¹ Tra le prime pronunce in tal senso, Cons. St., sez. V, 22 maggio 2001 n. 2823 e Id., sez. III, 4 giugno 2013 n. 3048.

⁵² F. SAIITA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 248.

⁵³ Di polifunzionalità della partecipazione parla F. SAIITA, *Gli artt. 7 e 8 della legge n. 241 del 1990 al vaglio della giurisprudenza: contraddittorio o azione*, in *Nuove autonomie*, 1995, 261 ss.

⁵⁴F. SAIITA, *L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2000, 449 ss., spec. 453; già prima, F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato c procedimento*, *Dir. amm.*, 1999, 11 e ss.

⁵⁵Tale esigenza è emersa soprattutto in relazione alle autorità indipendenti, per le quali si assiste, spesso, ad un deficit di legalità sostanziale. Così si esprime, in dottrina, S. CASSESE, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, 42, che contrapponeva la legittimazione discendente dalla «democrazia politica», da quella derivante dalla «democrazia

Ad ogni modo, si tratta di funzioni in rapporto di integrazione reciproca. Autorevole dottrina⁵⁶ specifica sul punto che «a ben guardare, del resto, “contraddittorio” (ossia, contributo a carattere oppositivo) e “partecipazione” (ossia, contributo a carattere collaborativo) hanno un minimo comune denominatore: il fine di sentire l’altra voce ossia di incorporare nel procedimento punti di vista diversificati rispetto a quelli che si immagina essere propri dell’amministrazione procedente»⁵⁷. Nulla esclude, pertanto, che la partecipazione mossa dall’interesse egoistico del cittadino possa alla fine fornire un considerevole apporto collaborativo all’amministrazione procedente.

È evidente che tale strumento partecipativo trovi la sua precipua ragion d’essere con riguardo all’esercizio di potere autoritativo. Laddove la P.A. non intervenga mediante un provvedimento restrittivo della sfera giuridica soggettiva dell’interessato, come per esempio in relazione ad attività affrancate dal regime autorizzatorio, non si innestano le suddette istanze garantiste pensate per il privato.

Ne consegue che ove il provvedimento comunale in esame non venisse considerato quale atto di concessione che consente la distribuzione di farmaci in un diverso locale, residuerebbero, circa la sua natura, due possibili letture.

La prima consiste nel qualificare la vendita di parafarmaci, prenotazioni CUP e le altre attività quali rientranti nell’ambito della “Farmacia dei Servizi”, e in quanto tali bisognose di un provvedimento autorizzatorio da parte della P.A.; la seconda, nell’attribuire all’atto amministrativo valore ricognitivo dell’avvio di un’attività economica libera (art. 41 Cost.).

Più precisamente, mentre nella prima ipotesi si tratterebbe di delineare l’area dei controinteressati destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, nella seconda, non potrebbe parlarsi in radice di avvio di un procedimento amministrativo e, dunque, di applicazione della normativa ad esso relativa⁵⁸.

Quanto alla prima ricostruzione, com’è noto, l’art 7, L. n. 241/1990 individua tre categorie di destinatari della comunicazione ovvero (i) i diretti destinatari del provvedimento, (ii) coloro che devono intervenire per legge nel procedimento amministrativo e (iii) i controinteressati, intesi quali soggetti ai quali possa derivare un pregiudizio dal provvedimento.

procedimentale». In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. TAR Lombardia - Milano, sez. III, 11 ottobre 2010 n. 6913; Id., sez. II, 19 febbraio 2015 n. 509; Cons. St., sez. VI, 1° ottobre 2002 n. 5105; Id., 11 aprile 2006 n. 2007 e n. 2201; Id., 27 dicembre 2006, n. 7972; Id., 2 marzo 2010 n. 1215.

⁵⁶ Così G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 211 s., che, richiamando Adamo Smith, afferma che è inevitabile che ciascuno persegua il proprio interesse e che anzi, se «a ciascuno venisse imposta la benevolenza (la solidarietà), verrebbe meno la molla che spinge ad agire: e l’utilità sociale ne sarebbe pregiudicata».

⁵⁷ R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, II ed., Roma-Bari, 2005, 133 s., che perviene a tale conclusione anche con riguardo al § 13 della legge federale tedesca 25 maggio 1976, che pur separa e distingue gli oppositori dagli altri soggetti aventi distinta legittimazione procedimentale.

⁵⁸ Il riferimento è fatto, tanto alle garanzie procedurali partecipative, quanto alla attribuzione dei locali mediante bando pubblico ed in base alla determinazione della pianta organica.

I primi vengono individuati nei soggetti che subiranno gli effetti del provvedimento, nel caso di specie i titolari della farmacia destinatari del provvedimento di ampliamento. I secondi ricomprendono, ad es., le pubbliche amministrazioni, diverse da quella procedente, che rivestano *ex lege* un ruolo qualificato nella fattispecie⁵⁹. I terzi, invece, costituiscono una categoria di più complessa determinazione, come emerso in dottrina e in giurisprudenza, richiedendo – l'individuazione di soggetti eventualmente lesi – un “giudizio prognostico non sempre facile”⁶⁰ per l'amministrazione procedente.

In tale senso, è la stessa norma a precisare che deve trattarsi di “soggetti individuati o facilmente individuabili”. La vaghezza del sintagma ha suscitato un vivace dibattito in sede interpretativa.

Mentre, infatti, la dottrina⁶¹ è per lo più propensa a richiedere la comunicazione di avvio (art. 7, L.241/1990) nei confronti di tutti i soggetti che avrebbero interesse ad impugnare il provvedimento in sede processuale, viceversa, il giudice amministrativo⁶² sembra escludere che i soggetti che “si trovano in una situazione di controinteresse sostanziale” debbano essere avvisati dell'inizio del procedimento.

Nel caso di specie, sembrerebbe rientrarsi in una delle rare ipotesi in cui il Collegio individua astrattamente l'obbligo di trasmettere la comunicazione al controinteressato sostanziale, ma poi non ne riconosce la sussistenza in concreto mancando una situazione di interesse qualificato e specifico tale da giustificare l'invio doveroso della comunicazione, posto che la nuova attività autorizzata coincide solo in parte con quella oggetto dell'esercizio farmaceutico gestito dal ricorrente.

Il discorso centrale tende, cioè, a ruotare intorno al contenuto dell'attività autorizzata nei nuovi locali, la quale sarebbe parzialmente differente rispetto a quella esercitata dalla ricorrente, non configurando, ad avviso del Consiglio di Stato, un substrato che giustificerebbe l'avviso.

È lecito, tuttavia, avanzare più d'una perplessità circa una siffatta lettura.

Ad avviso di chi scrive risulta, invero, contraddittorio, da una parte, ammettere l'astratta configurabilità dell'obbligo salvo, dall'altra, svuotarlo trincerandosi dietro la non totale sovrapposizione dell'attività del ricorrente rispetto a quella il cui esercizio si autorizza nei nuovi locali.

In tal modo si dimentica, infatti, che per la parte sovrapponibile dell'attività svolta, l'interesse del ricorrente sarebbe comunque presente.

Il rischio, in definitiva, è quello di dar vita ad un precedente che dequoti l'obbligo per le P.A. procedenti di garantire la partecipazione procedimentale delle farmacie limitrofe, nei casi di ampliamenti che abbiano ad oggetto vendita di parafarmaci, prenotazioni CUP ed altre attività relative alla farmacia dei servizi; così privando di tutela gli esercenti di attività complementari ed ulteriori alla vendita dei farmaci.

⁵⁹ G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Padova, 2005, 85 s.

⁶⁰ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, XV ed., Milano, 2013, 500.

⁶¹ Così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, loc. ult. cit.

⁶² Così Tar Puglia - Lecce, sez. II, 26 gennaio 2011 n. 117; Tar Umbria, sez. I, 1° settembre 2009 n. 502.

Sarebbe stato più coerente, forse, con il contenuto dell'art. 7 della 241, uniformarsi all'orientamento prevalente in giurisprudenza, e non ritenere, a monte, ipotizzabile l'obbligo nei procedimenti ad istanza di parte nei confronti dei controinteressati sostanziali ovvero ritenere che si versi al cospetto di un'attività libera, non necessitante di un previo atto autorizzativo.

Consiglio di Stato, sez. III, 19 aprile 2022, sentenza n. 2913

Pres. Maruotti, Est. Maiello

Fatto e Diritto

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per l'Emilia Romagna, il dott. Luigi Boari, titolare della farmacia "FIDES" con sede in Ferrara, in Corso Giovecca n. 125, impugnava, unitamente agli atti presupposti e connessi, i provvedimenti sindacali del 10 e 11 aprile 2014, con i quali il Comune di Ferrara autorizzava la farmacia comunale denominata "Comunale n. 1 Porta Mare", ubicata in Corso Porta Mare n. 114, di cui è titolare l'A.F.M. - Farmacie Comunali Ferrara S.r.l., ad ampliare il proprio esercizio e, per l'effetto, ad aprire i locali ubicati in Ferrara, in Corso Porta Mare n. 106/108, fisicamente disgiunti da quelli già in uso, ma *"che costituiscono parte integrante della Farmacia Comunale "Comunale n. 1 Porta mare"*.

1.1. Con successivo atto recante motivi aggiunti, il ricorrente impugnava anche il provvedimento sindacale del 16 giugno 2014, con cui il medesimo Comune integrava i precedenti provvedimenti, specificando gli effetti dell'autorizzazione ed *"autorizzando, nei suddetti locali, esclusivamente l'espletamento delle attività di vendita parafarmaci, prenotazioni CUP ed eventuali futuri servizi nel rispetto della vigente normativa in materia di "Farmacia dei Servizi" in premessa richiamata"*.

1.2. Il ricorrente si doleva dell'elusione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, sia in proprio favore che a vantaggio degli altri operatori controinteressati, stigmatizzando anche il fatto che l'Autorità comunale avesse definito il procedimento immediatamente dopo la presentazione dell'istanza e in assenza di una compiuta istruttoria.

Nel merito, ad avviso del ricorrente, con gli atti del 10 e 11 aprile 2014 il Comune avrebbe di fatto consentito all'A.F.M. S.r.l., società partecipata al 100% dal medesimo Ente locale, l'apertura di una nuova farmacia in Corso Porta Mare n. 106/108, così duplicando l'esercizio già attivo in Corso Porta Mare n. 114 nella veste simulata di un ampliamento qui non configurabile, stante la non contiguità dei locali in questione.

1.3. L'atto di integrazione del Comune del 16 giugno 2014, impugnato dal ricorrente con motivi aggiunti, confermerebbe l'illegittimità di quelli originari, dai quali mutuerebbe, in via derivata, i medesimi vizi. L'Amministrazione avrebbe, invero, preso atto dell'illegittimità dei pregressi provvedimenti.

Il ricorrente proponeva altresì domanda di risarcimento del danno e istanza istruttoria ai fini dell'accertamento della natura dell'attività svolta dalla società controinteressata all'interno dei nuovi locali.

2. Con la sentenza n. 486/2018, qui appellata, il TAR per l'Emilia Romagna, dopo aver assorbite le questioni di rito, ha respinto il ricorso ritenendolo infondato.

Il giudice di prime cure ha, infatti, assegnato rilievo dirimente al fatto che con il provvedimento integrativo, oggetto dei motivi aggiunti, il Comune avesse specificato e chiarito che l'esercizio di cui trattasi, piuttosto che integrare una nuova farmacia, aveva dato luogo ad un'ulteriore e diversa attività commerciale, volta esclusivamente alla attività di vendita parafarmaci, prenotazioni CUP ed eventuali servizi tra quelli individuati dalla l. n. 69 del 2009.

2.1. Da tali premesse il TAR ha, dunque, tratto il corollario che *“in assenza di un procedimento volto all'istituzione di una farmacia, non possono invocarsi tutte le disposizioni a presidio della corretta gestione delle piante organiche delle sedi farmaceutiche e relative assegnazioni”*.

2.2. In coerenza con tali statuizioni, il TAR ha, inoltre, escluso la violazione delle garanzie di partecipazione al procedimento, *“sia perché nel caso di specie, come si è visto, non si era in presenza di un'istanza volta ad ottenere l'autorizzazione all'apertura di una nuova farmacia, sia perché difettava, in capo ai ricorrenti, un'effettiva posizione di controinteressati procedurali”*.

3. Avverso il suindicato *decisum*, con il mezzo qui in rilievo, il dott. Luigi Boari ha articolato i seguenti motivi di gravame:

a) *“Error in procedendo e error in iudicando carenza di attività istruttoria, carenza di motivazione”*.

Il TAR, non avendo accolto l'istanza istruttoria avanzata dall'appellante circa la reale natura dell'attività svolta dalla società controinteressata nei locali comunali siti in Corso Porta Mare n. 106/108, avrebbe acriticamente recepito la tesi delle controparti, basando il proprio convincimento in ordine all'affermata inconfigurabilità di una nuova farmacia sul solo contenuto dispositivo del provvedimento del Comune di Ferrara del 16 giugno 2014. Quella svolta in Corso Porta Mare n. 106/108 sarebbe, tuttavia, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, una vera e propria attività di esercizio di una farmacia;

b) *“Violazione di legge (artt. 1, 2, 4, 7, 8, 9,10 e 13 della l. n. 241 del 1990; artt. 11 e 23 d.lgs. n. 33 del 2013; art. 1, commi 15 e ss. l. n. 190 del 2012); eccesso di potere per difetto di istruttoria e violazione delle regole di trasparenza”.*

Il TAR avrebbe errato nel ritenere non necessario, nel caso di specie, il coinvolgimento dell'appellante – titolare di un interesse qualificato e differenziato – nel procedimento amministrativo funzionale all'adozione degli atti impugnati. La mancata pubblicità dei provvedimenti presupposti concernenti l'acquisizione e la sistemazione dei locali, la concessione dei medesimi all'A.F.M. S.r.l., così come la gestione del procedimento di ampliamento e di apertura della nuova sede, definito in pochi giorni, proverebbero l'assoluta carenza di istruttoria in ordine alla fattibilità dell'ampliamento della farmacia “Comunale n. 1 Porta Mare” e la violazione delle regole di trasparenza. Il dedotto difetto di attività istruttoria invaliderebbe altresì l'atto del Comune del 16 giugno 2014 attraverso cui l'Amministrazione si sarebbe limitata a circoscrivere solo formalmente le attività che possono essere svolte all'interno dei nuovi locali;

c) *“Violazione di legge (artt. 104 e ss. r.d. n. 1265 del 1934; artt. 1 e ss. l. n. 475 del 1968; art. 11 d.l. n. 1 del 2012; artt. 1-6 e 27,28,30 della l.r. Em. Rom. n. 19 del 1982; art. 48, c. 29, d.l. n. 269 del 2003; art. 4 l. n. 361 del 1991; d.P.C.M. n. 298 del 1994); eccesso di potere per sviamento sotto un duplice profilo: difetto dei presupposti di fatto e di diritto; travisamento; difetto di motivazione e violazione art. 3, legge n. 241/1990 per totale inadeguatezza e illogicità della motivazione”.*

Nel caso in esame non vi sarebbe stato alcun ampliamento, bensì la realizzazione di una vera e propria nuova sede farmaceutica. Ciò emergerebbe, anzitutto, da una serie di indici non considerati dal giudice di prime cure, tra cui alcuni scontrini che attesterebbero la vendita di farmaci all'interno dei nuovi locali. Eloquente sarebbe altresì il rinvenimento di una planimetria di variante riferita ad una *“succursale della farmacia Porta Mare”*.

Tanto troverebbe conferma anche nel richiamo, ivi contenuto, alla legge n. 475/1968, nonché nel riferimento alla distanza da altre farmacie. Il successivo provvedimento del 16 giugno 2014 sarebbe stato adottato dall'Amministrazione al solo fine di celare l'apertura della nuova farmacia precedentemente

autorizzata. Gli atti impugnati violerebbero la disciplina sul numero contingentato delle farmacie territoriali, non avendo l'Amministrazione operato alcuna valutazione preventiva, né sulla base della popolazione né sulla base della topografia. Qualora, peraltro, la farmacia in questione si intendesse come una succursale, risulterebbe comunque violata anche la specifica disciplina dettata per siffatte evenienze dall'art. 116 del TULS. Trattandosi di una farmacia pubblica non sarebbe stato rispettato neppure il criterio della prelazione da parte dei Comuni di cui all'art. 9 della legge n. 475/1968 con il limite della deroga di cui all'art. 11, comma 3, del d.l. n. 1/2012 convertito con la legge n. 27/2012. Risulterebbe violato, infine, il principio fondamentale che prevede che le farmacie vacanti e quelle di nuova istituzione debbano essere messe a concorso;

d) *“Eccesso di potere sotto ulteriori profili e violazione di legge (artt. 104 e ss. r.d. n. 1265 del 1934; artt. 1 e ss. l. n. 475 del 1968; art. 11 d.l. n. 1 del 2012; artt. 1-6 e 27, 28, 30 della l.r. Em. Rom. n. 19 del 1982)”*.

L'Amministrazione avrebbe violato il principio secondo cui la farmacia costituisce un'entità unica e non frazionabile e avrebbe sviluppato un procedimento contraddistinto da manifesta incoerenza oltre che in distonia con il principio di tipicità e nominatività degli atti amministrativi: i provvedimenti del 10 e 11 aprile 2014, inoltre, richiamerebbero un parere dell'Ufficio Regionale (nota 235148 del 10 ottobre 2008) che tuttavia si sarebbe espresso su una fattispecie del tutto differente da quella oggetto di contestazione, concernente, in particolare, la possibilità di utilizzare alcuni locali non attigui alla farmacia “Comunale n. 1 Porta Mare” come mero deposito.

3.1. La parte appellante ha, altresì, rinnovato la pretesa risarcitoria, insistendo comunque anche per un approfondimento istruttorio già richiesto in prime cure.

Segnatamente, a fondamento dell'azionata pretesa risarcitoria l'appellante deduce che i provvedimenti impugnati avrebbero determinato un danno consistente nello sviamento della clientela. Tale danno troverebbe conferma nell'incremento degli incassi che la stessa Amministrazione ha dichiarato di voler conseguire.

4. Resiste in giudizio la controinteressata A.F.M. S.r.l., che ha eccepito la carenza di interesse alla coltivazione del mezzo qui in rilievo in ragione del fatto che l'atto del Comune del 16 giugno 2014 avrebbe

chiarito definitivamente che l'attività svolta dall'A.F.M. S.r.l. nei locali di Corso Porta Mare n. 106/108 può consistere unicamente nella vendita di parafarmaci, in prenotazioni CUP ed in eventuali futuri servizi, non potendo tali attività porsi in concorrenza con quella di esercizio di una farmacia.

5. Analoghe conclusioni sono state rassegnate dal Comune di Ferrara.

6. Le parti hanno presentato memorie a sostegno delle rispettive tesi e all'udienza del 7 aprile 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. L'appello va respinto.

Tanto dispensa il Collegio dalla disamina delle eccezioni in rito qui riproposte dalle parti appellate ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 101 comma 2 del c.p.a.

8. Le argomentazioni dell'appellante sono basate su una premessa non condivisa dal Collegio, vale a dire che l'Amministrazione comunale di Ferrara – nel dare seguito alla 'simulazione' perseguita dalla controinteressata A.F.M. S.r.l. e consistita nella prospettazione di un mero ampliamento funzionale dell'esercizio in essere attraverso l'abilitazione aggiuntiva alla vendita di parafarmaci, prenotazioni CUP ed eventuali futuri servizi - abbia in realtà autorizzato l'apertura di una nuova farmacia in violazione della disciplina di settore sul contingentamento delle farmacie si dà consentire alla società controinteressata di duplicare la propria attività, con grave danno per gli altri farmacisti della zona e consistente nello sviamento della clientela.

8.1. Tale ricostruzione non può essere condivisa, però, in considerazione dell'inequivocabile contenuto degli atti autorizzatori qui in contestazione, delimitati nei loro effetti abilitativi dal provvedimento comunale del 16 giugno 2014, il quale si è precisato che nei locali aggiuntivi risultano autorizzati *“esclusivamente l'espletamento delle attività di vendita parafarmaci, prenotazioni CUP ed eventuali futuri servizi nel rispetto della vigente normativa in materia di “Farmacia dei Servizi” in premessa richiamata”*.

8.2. D'altro canto, l'opposta tesi dell'attivazione di una nuova e distinta farmacia nemmeno trova elementi di riscontro nel pregresso, articolato iter preparatorio.

La disamina degli atti consente, infatti, di chiarire che la richiesta di ampliamento in locali disgiunti, ma posti nelle immediate vicinanze rispetto alla sede della farmacia “Comunale n. 1 Porta Mare”, trae origine

dall'impossibilità di realizzare un ampliamento in locali attigui in ragione della localizzazione della farmacia all'interno delle mura di Ferrara, dichiarate dall'Unesco "Patrimonio dell'Umanità" e dunque rigidamente vincolate.

L'ambito operativo sotteso all'ampliamento in questione risulta al contempo definito, sul piano funzionale, fin dall'avvio del procedimento, e cioè dal 6 marzo 2012, quando, con nota prot. n. 313, la società controinteressata inviava la richiesta preliminare per l'acquisizione dei nuovi locali, sottolineando "la necessità di trasferire parzialmente in questi locali, una volta opportunamente riadattati, parte delle attività che attualmente viene svolta in farmacia ed in particolare la vendita di parafarmaci e lo svolgimento del CUP" al fine di "ampliare la gamma di servizi ai propri utenti", specificando inoltre che "i locali verranno attrezzati anche per accogliere eventuali nuovi servizi".

Nella successiva richiesta di parere alla Regione del 21 marzo 2012, l'Azienda U.S.L. di Ferrara specificava che i locali sarebbero stati adibiti "alla attività di vendita di parafarmaci, prenotazioni CUP e Farmacia dei servizi", precisando che tali locali soddisfacevano i criteri di distanza previsti per legge e che sarebbero divenuti parte integrante della farmacia esistente, pur essendo ubicati di fronte alla sede già autorizzata.

Esprimendosi con parere positivo, la Regione affermava che "l'organizzazione dell'attività della farmacia in locali disgiunti non pare in contrasto con la normativa vigente e con le finalità dalla stessa tutelate".

Seguiva quindi l'approvazione da parte del Comune di Ferrara dello schema di concessione dei locali alla società controinteressata, con delibera G.C. n. 596 del 29 ottobre 2013; soltanto a quell'epoca, infatti, i locali oggetto di trattative si rendevano disponibili, essendo in precedenza utilizzati da un altro concessionario. Tanto nell'atto di Giunta quanto nella concessione vera e propria veniva peraltro evidenziata la finalità dell'ampliamento, consistente nell'implementazione dei servizi erogati.

Il 20 marzo 2014, quindi, la società presentava l'istanza di autorizzazione e, con atto del 10 aprile 2014, il Comune autorizzava l'ampliamento dei locali, dando atto dell'iter procedurale seguito, ribadendo che la finalità del medesimo era l'"erogazione di nuovi servizi alla cittadinanza" e confermando che i locali sarebbero stati ubicati "nell'ambito della stessa sede territoriale per cui fu concessa l'autorizzazione dell'esercizio farmaceutico". All'autorizzazione all'ampliamento faceva quindi seguito quella all'apertura

dei nuovi locali con atto dell'11 aprile 2014, con la precisazione, ancora una volta, che tali locali “costituiscono parte integrante” della farmacia comunale esistente. Con atto del 16 giugno 2014, come già sopra anticipato, il Sindaco integrava le precedenti autorizzazioni, chiarendo che esse concernono *“esclusivamente l'espletamento delle attività di vendita parafarmaci, prenotazioni CUP ed eventuali futuri servizi nel rispetto della vigente normativa in materia di “Farmacia dei servizi” in premessa richiamata”*.

8.3. Trova, dunque, conferma la ricostruzione del giudice di prime cure che, disattendendo la tesi di parte ricorrente, ha qualificato la fattispecie, in linea con le eccezioni delle parti resistenti, nei termini di un mero ampliamento delle attività di una farmacia già esistente, ancorché da espletarsi in locali disgiunti e all'interno dei quali, tuttavia, proprio per non duplicare il numero di esercizi farmaceutici attivi in zona, è possibile offrire unicamente servizi diversi dalla vendita di farmaci e propri di una parafarmacia.

8.4. Né ad una diversa conclusione può pervenirsi in via indiretta, per effetto cioè della valorizzazione di dati esterni agli atti del procedimento e che, nella prospettazione dell'appellante, rifletterebbero una qualificata valenza indiziaria, avendo le parti controinteressate replicato in modo convincente su ciascuno dei punti in contestazione.

Segnatamente, l'appellante ha richiamato, anzitutto, la circostanza della emissione di due scontrini relativi alla vendita di farmaci in data 29 maggio 2014, accadimento che le parti resistenti derubricano come episodio isolato verificatosi nell'imminenza dell'apertura e comunque in epoca antecedente all'adozione del provvedimento integrativo del 16 giugno 2014, con cui il Comune ha definitivamente chiarito e delimitato le attività che possono essere legittimamente svolte nei nuovi locali.

L'appellante ha, altresì, prodotto un ulteriore scontrino datato 2019 e che, però, eccepiscono le parti resistenti, sarebbe stato emesso per l'acquisto (non già di un farmaco bensì) di una barretta energetica, non potendo nemmeno assumere rilievo la circostanza che il suddetto documento fiscale rechi l'intestazione “A.F.M. Farmacie Comunali Ferrara S.r.l. - Farmacia 1”, non essendo tale circostanza idonea a dimostrare né la vendita di farmaci, né tantomeno l'asserita apertura di una nuova farmacia, provando tutt'al più che si tratta di un'unica farmacia che ha semplicemente ampliato le proprie attività.

Quanto, poi, al cartello affisso fuori dai nuovi locali durante il periodo emergenziale per epidemia da covid, recante la scritta “in questa farmacia possono entrare al massimo n. 4 clienti - A.F.M. Farmacie Comunali Ferrara S.r.l.”, le parti resistenti hanno ragionevolmente opposto che la farmacia ha predisposto un unico modello di avviso per entrambe le sedi senza che si rendesse necessario, considerato l’unico scopo di disciplinare l’accesso della clientela, definire quale fosse la natura delle attività svolte all’interno dei diversi locali.

Né infine può assegnarsi rilievo alla circostanza che una planimetria relativa ai lavori di adeguamento dei locali potesse recare il riferimento alla loro destinazione a “succursale” della farmacia esistente: è, infatti, di tutta evidenza l’inettitudine di tale formula di sintesi, apposta su documenti non conferenti ai fini qui in rilievo da soggetti nemmeno abilitati a riprodurre le reali intenzioni commerciali della società committente, ad ingenerare elementi di prova.

8.5. D’altro canto, è anche decisivo considerare che l’ambito cognitivo del presente giudizio involge la legittimità degli atti impugnati, mentre le deduzioni dell’appellante hanno riguardato condotte che non incidono sulla legittimità degli atti impugnati e che al più sarebbe consistite in condotte non giustificate dai medesimi atti.

9. L’insussistenza della premessa su cui si sono basate le deduzioni dell’appellante, e dunque una volta escluso che si tratti dell’apertura di una nuova farmacia ovvero dell’apertura di una sede succursale, rendono prive di fondamento le sue doglianze.

10. Quale diretto corollario di quanto fin qui evidenziato ne discende la condivisibilità anche della statuizione del giudice di prime cure laddove ha rilevato che, nel caso in esame, nessuna comunicazione di avvio del procedimento avrebbe dovuto essere inoltrata all’appellante, sia perché non si era in presenza di un’istanza volta ad ottenere l’autorizzazione all’apertura di una nuova farmacia, sia perché difettava, in capo all’appellante, la posizione differenziata di soggetto potenzialmente controinteressato.

11. Parimenti, non sono fondate le residue censure concernenti l’asserita violazione delle regole di trasparenza di cui al d.lgs. n. 33 del 2013, non essendo stata adeguatamente contestata la circostanza dell’avvenuta pubblicazione dell’istanza di ampliamento nell’albo pretorio comunale e in quello della

Azienda U.S.L. di Ferrara per 15 giorni consecutivi, così come previsto dall'art. 1 della legge n. 362/1991, il cui quinto comma disciplina la pubblicità dell'analogo istanza di trasferimento di una farmacia.

12. Né si riscontrano profili di illegittimità dell'azione amministrativa per l'avvenuto rilascio delle autorizzazioni qui in contestazione in un tempo contenuto e pari a circa 20 giorni.

Tale tempistica, lungi dall'accreditare con inaccettabile pretesa di automaticità un difetto di istruttoria, è agevolmente spiegabile con la circostanza che l'Amministrazione aveva avuto modo di vagliare la fattibilità dell'ampliamento sin dal 2012.

13. Quanto, poi, alle dedotte incertezze nella conduzione del procedimento, accreditate dall'appellante anche in ragione dei riferimenti non sempre pertinenti alla disciplina di settore, va rilevato che l'oggetto peculiare dei provvedimenti in contestazione (*id est* ampliamento di una farmacia preesistente rispetto ad attività diverse dalla vendita dei farmaci), non regolamentato *ex professo* da una disciplina puntuale, se da un lato vale a giustificare la scelta del Comune di ritagliarsi una cornice procedimentale sulla base dei modelli legali mutuati dalla disciplina generale in tema di apertura di farmacie, al contempo non può che svincolare le determinazioni qui in rilievo dai vincoli da essa previsti che non sono strettamente connessi alla distinta e più contenuta finalità abilitativa qui perseguita.

Conclusivamente l'appello va respinto.

Le spese del secondo grado seguono la regola della soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 473 del 2019, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio liquidate in € 3.000,00 (tremila/00) in favore di ciascuna delle controparti costituite e, dunque, nella misura complessiva di € 6.000,00 (seimila/00), oltre accessori dovuti per legge.

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