

Pubblicato il 19/04/2022

N. 02913/2022REG.PROV.COLL.

N. 00473/2019 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 473 del 2019, proposto dal signor Luigi Boari, rappresentato e difeso dall'avvocato Filippo Cammelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Ferrara, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Fiorentino, Barbara Montini ed Edoardo Nannetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Guido Fiorentino in Roma, via Tibullo; la Regione Emilia Romagna e l'Azienda Ausl di Ferrara, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

nei confronti

della s.r.l. A.F.M. Farmacie Comunali Ferrara, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Gualandi, Francesca Minotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, sede di Bologna (Sezione Seconda), n. 486/2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ferrara e di A.F.M. Farmacie Comunali Ferrara S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 aprile 2022 il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

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'analoga 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.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Maiello

IL PRESIDENTE
Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO