



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 9694 del 2011, proposto dalla Associazione Sindacale Titolari di Farmacia Privata della Provincia di Arezzo - Federfarma Arezzo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e dai signori Laura Bargiacchi, Sauro Batistini, Rosella De Gasperi e Giovanna Nofri, rappresentati e difesi dall'Avvocato Roberto Righi, con domicilio eletto presso lo studio Righi in Roma, via G. Carducci, n. 4;

contro

Il Comune di Arezzo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Pasquini, con domicilio eletto presso il Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;
la Regione Toscana, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli Avvocati Enrico Baldi, Antonio Fazzi e Lucia Bora, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marcello Cecchetti in Roma, piazza Barberini, n. 12;

la s.p.a. Soc. Afm (Azienda Farmaceutica Municipalizzata S.p.A), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Costantino Tessarolo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Cola di Rienzo, n. 271;

la Farmacisti Riuniti s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Toscana n. 1165 del 7 luglio 2011, con cui era respinto il ricorso introduttivo n. 1617/2009 per l'annullamento:

- del decreto della Regione Toscana – D.G. Diritto alla Salute e Politiche di Solidarietà – Area di Coordinamento Sanità – Settore Farmaceutica n. 1509 del 6 aprile 2009, pubblicato nel B.U.R.T. n. 16 del 22 aprile 2009, recante offerta in prelazione al Comune di Arezzo della sede farmaceutica n. 25, di nuova istituzione nella relativa pianta organica comunale;

- della deliberazione della Giunta Comunale di Arezzo n. 366 del 17 giugno 2009, recante esercizio del diritto di prelazione da parte del predetto Comune;

- del decreto della Regione Toscana – D.G. Diritto alla Salute e Politiche di Solidarietà – Area di Coordinamento Sanità – Settore Farmaceutica n. 3734 del 29 luglio 2009, pubblicato nel B.U.R.T. n. 32 del 12 agosto 2009, recante definitiva assegnazione della sede farmaceutica n. 25 al Comune di Arezzo;

e erano dichiarati inammissibili i successivi motivi aggiunti:

quanto ai motivi aggiunti depositati in data 21 gennaio 2010, per l'annullamento,

- della deliberazione del Consiglio Comunale di Arezzo n. 191 del 26 novembre 2009, affissa all'Albo Pretorio del Comune dal 1° al 16 dicembre 2009, con cui è stato disposto l'affidamento in gestione della nuova sede farmaceutica n. 25 all'A.F.M. S.p.A.;

- di tutti gli allegati alla predetta deliberazione, in particolare del contratto di servizio stipulato tra il Comune di Arezzo e l'A.F.M. S.p.A.;

quanto a i secondi motivi aggiunti depositati in data 24 maggio 2010, per l'annullamento:

(ove occorrer possa ed in aggiunta agli atti già impugnati con il ricorso originario e con i precedenti motivi aggiunti)

- della nota del Medico Provinciale di Arezzo prot. n. R/54 del 10 gennaio 1976, con la quale si è informato il Comune di Arezzo della facoltà di esercitare il diritto di prelazione in riferimento alla sede farmaceutica n. 1;

- della deliberazione del Consiglio Comunale di Arezzo n. 156 del 28 febbraio 1977, con la quale il Comune di Arezzo ha esercitato il diritto di prelazione in relazione alla sede farmaceutica n. 1

ed era dichiarato inammissibile il ricorso R.G. n. 93 del 2010, per l'annullamento:

- della deliberazione del Consiglio Comunale di Arezzo n. 191 del 26 novembre 2009, affissa all'albo pretorio del Comune dal 1° al 16 dicembre 2009, con cui è stato disposto l'affidamento in gestione della nuova sede farmaceutica n. 25 all'A.F.M. S.p.A.;

- di tutti gli allegati alla predetta deliberazione, in particolare del contratto di servizio stipulato tra il Comune di Arezzo e l'A.F.M. S.p.A.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Arezzo, della Regione Toscana e della s.p.a. Afm (Azienda Farmaceutica Municipalizzata s.p.a);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 29 gennaio 2019 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti l'Avvocato Roberto Righi, l'avvocato Leila Tessarolo, su delega dell'avvocato Costantino Tessarolo, e l'avvocato Marcello Cecchetti, su delega dell'avvocato Lucia Bora;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in appello, indicato in epigrafe, l'Associazione sindacale titolare di Farmacia Privata della Provincia di Arezzo (di seguito Federfarma Arezzo) - organismo esponentiale degli interessi dei titolari di farmacie private della pianta organica di Arezzo - ed i farmacisti dott. Laura Bargiacchi, dott. Susanna Bagiardi, dott. Sauro Batistini, dott. Rossella de Gasperi, dott. Giovanna Nofri, chiedono la riforma della sentenza sopra indicata con cui era respinto il ricorso originario r.g. n. 1617/2009, ed erano dichiarati inammissibili i motivi aggiunti e anche il ricorso rg n. 93/2010.

Per riassumere i fatti che sono all'origine della controversia in esame, vale ricordare che - con deliberazione della Giunta Regionale n. 65 del 2 febbraio 2009 recante *“Revisione della pianta organica delle farmacie dei Comuni della Provincia di Arezzo”* - la Regione Toscana istituiva per il Comune di Arezzo la sede farmaceutica n. 25 nella località Case Nuove di Ceciliano.

Successivamente, con il decreto dirigenziale regionale n. 1509 del 6 aprile 2009, tale sede veniva offerta in prelazione al Comune di Arezzo che, con la deliberazione n. 366 del 17 giugno 2009, disponeva di esercitare la prelazione.

Con decreto dirigenziale n. 3734 del 29 giugno 2009, la Regione disponeva l'assegnazione della sede farmaceutica n. 25 al Comune di Arezzo.

I suddetti provvedimenti venivano impugnati dagli originari ricorrenti, tramite ricorso straordinario al Presidente della Repubblica notificato ai controinteressati e all'Amministrazione Regionale in data 14 agosto 2009.

A seguito dell'atto di opposizione *ex art.* 10 d.P.R. n. 1199/1971 della Regione Toscana, i ricorrenti proponevano ricorso al Tar Toscana, notificato

all'Amministrazione regionale in data 10 ottobre 2009. L'impugnazione dei suddetti provvedimenti era quindi trasposta dinanzi al Tar Toscana.

Con il ricorso introduttivo, gli istanti deducevano le seguenti censure:

- violazione e falsa applicazione degli artt. 9 e 10 della l. n. 475/1968 ed eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, nonché per errore o travisamento dei fatti, poiché, secondo la regola dell'alternanza di cui all'art. 9 della l. n. 475/1968, la sede farmaceutica n. 25 avrebbe dovuto non già essere offerta in prelazione al Comune di Arezzo, ma messa a concorso per l'esercizio privato;

- violazione degli artt. 1 e 3 della l. n. 241/1990, dell'art. 10 della l. n. 475/1968, dell'art. 19 della l. Reg. Toscana n. 16/2000 ed ulteriore eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, in quanto il Comune di Arezzo sarebbe in ogni caso decaduto dal diritto di prelazione, non avendolo esercitato nel termine decadenziale di sessanta giorni ex art. 19 della l.r. n. 16/2000;

- ulteriore violazione degli artt. 1 e 3 della l. n. 241/1990, nonché violazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 (come introdotto dalla legge di conversione n. 133/2008), ed ulteriore eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, difetto del presupposto e carenza di motivazione, perché:

a) le giustificazioni addotte dal Comune per l'esercizio della prelazione sarebbero insufficienti, atteso che esse non riguarderebbero benefici ottenibili soltanto con l'esercizio pubblico della farmacia;

b) sarebbe violato il principio di proporzionalità, per l'ingiustificato sacrificio delle aspettative degli odierni ricorrenti a che la gestione della nuova sede farmaceutica sia attribuita mediante pubblico concorso;

c) sarebbero state violate le regole procedurali e l'art. 23-bis cit., non avendo la P.A. effettuato l'analisi del mercato da esso prevista, né trasmesso i relativi esiti all'Antitrust per il parere di competenza, né, comunque, svolto l'istruttoria di cui al medesimo art. 23-bis; violazione dei principi desumibili dagli artt. 81 e 86 del

Trattato CE e dell'art. 117, primo comma, Cost., ulteriore violazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 (come introdotto dalla l. n. 133/2008) e degli artt. 9 e 10 della l. n. 475/1968, violazione dell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000; ulteriore violazione degli artt. 9 e 10 della l. n. 475/1968 ed ulteriore eccesso di potere per sviamento, in quanto, nel caso di specie, con la prelazione il Comune avrebbe inteso aumentare il numero di farmacie gestite dalla società a partecipazione pubblica minoritaria *ex art.* 116 del d.lgs. n. 267/2000, in base ad un modello, tuttavia, non utilizzabile per la gestione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica; né si sarebbe potuto invocare il modello dell'affidamento *in house*.

Si costituiva la Regione Toscana, chiedendo la reiezione del ricorso, previa respingimento dell'istanza cautelare.

Si costituiva altresì il Comune di Arezzo, chiedendo l'inammissibilità, irricevibilità, l'improcedibilità e comunque l'infondatezza del ricorso, previa reiezione dell'istanza cautelare.

Si costituiva in giudizio, altresì, l'Azienda Farmaceutica Ospedaliera (A.F.M.) S.p.A., eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse a ricorrere in capo agli odierni ricorrenti e, nel merito controdeducendo l'infondatezza del gravame, chiedendone la reiezione, previo rigetto dell'istanza cautelare.

Con motivi aggiunti depositati in data 21 gennaio 2010 – e proposti anche come ricorso autonomo, rubricato al n. 93/2010 del Registro Generale – i ricorrenti chiedevano l'annullamento della deliberazione del Consiglio Comunale di Arezzo n. 191 del 26 novembre 2009, con cui era disposto l'affidamento in gestione della nuova sede farmaceutica alla società mista pubblico-privata A.F.M. S.p.A., nonché di tutti i suoi allegati, ivi compreso il contratto di servizio stipulato tra il Comune di Arezzo e la predetta società, deducendo le seguenti doglianze:

- violazione degli artt. 113 e 116 del d.lgs. n. 267/2000, dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 (conv. con l. n. 133/2008), come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009, convertito con l. n. 166/2009, nonché eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, difetto del presupposto e carenza di motivazione, giacché il Comune avrebbe erroneamente invocato l'art. 116 del d.lgs. n. 267/2000 al fine di giustificare le proprie scelte, senza considerare che il servizio farmaceutico è un servizio pubblico locale con rilevanza economica *ex art.* 113 del d.lgs. n. 267 cit.; inoltre, avrebbe violato il nuovo testo dell'art. 23-*bis* cit. (come modificato dal d.l. n. 135/2009), entrato in vigore prima della deliberazione impugnata e che per la gestione delle farmacie comunali ha fatto salva l'applicazione della l. n. 475/1968, non conformandosi ai modelli gestionali previsti dalla l. n. 475 cit. (in specie, a quello della società da costituire tra il Comune ed i farmacisti in servizio presso le farmacie di cui il Comune stesso avesse la titolarità), ma individuando un regime gestionale (affidamento senza gara a società mista pubblico-privata) del tutto incompatibile con siffatti modelli;

- in subordine, ulteriore violazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009, convertito con l. n. 166/2009, ed ulteriore eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, difetto del presupposto e carenza di motivazione, perché l'affidamento senza gara della gestione della nuova sede farmaceutica all'A.F.M. S.p.A. si porrebbe in grave contrasto con la disciplina sull'affidamento dei servizi pubblici locali *ex art.* 23-*bis* cit.;

- in via ulteriormente subordinata, violazione dell'art. 23-*bis*, comma 8, del d.l. n. 112/2008, come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009, convertito con l. n. 166/2009, perché l'affidamento del servizio farmaceutico all'A.F.M. S.p.A. ha una durata di venticinque anni a decorrere dal 20 luglio 2001, in contrasto con i termini

di scadenza del regime transitorio degli affidamenti dettati dall'art. 23-bis, comma 8, cit.

In data 24 maggio 2010 i ricorrenti depositavano ulteriore ricorso per motivi aggiunti, recante impugnazione dei documenti depositati dalla Regione e dal Comune in ottemperanza all'istruttoria e, specificamente, della nota del medico provinciale di Arezzo prot. n. R/54 del 10 gennaio 1976 e della deliberazione del Consiglio Comunale di Arezzo 28 febbraio 1977, n. 156, deducendo le seguenti censure:

- violazione del d.P.R. n. 4/1972, degli artt. 1, 3 e 4 della l.r. n. 11/1972 e della tabella A), allegata alla l.r. n. 55/1973, incompetenza assoluta del medico provinciale di Arezzo, in quanto l'impugnata nota del medico provinciale sarebbe illegittima, spettando la competenza per l'offerta in prelazione delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione, alla Giunta Regionale (o al Presidente della Regione, in esecuzione degli atti della Giunta), e non al medico provinciale;
- violazione degli artt. 1 e ss. della l.r. n. 79/1975, inesistenza della prelazione prevista dagli artt. 9 e 10 della l. n. 475/1968, in quanto la deliberazione del Consiglio Comunale n. 156 del 1977 sarebbe illegittima sia perché adottata a compimento di un procedimento attivato da organo incompetente (il medico provinciale), sia perché la sede farmaceutica n. 1 sarebbe stata trasferita *ex lege* – e non per effetto di prelazione – nella titolarità definitiva del Comune di Arezzo.

Essi reiteravano, inoltre, le censure basate sulla violazione, ad opera dell'atto di affidamento della sede farmaceutica n. 25 all'A.F.M. S.p.A., dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 (convertito con l. n. 133/2008), già formulate con i precedenti motivi aggiunti.

Il giudice di prime cure addiveniva alle seguenti conclusioni:

- infondatezza del primo motivo del ricorso originario rubricato al n. 1617/2009 di R.G.: se, infatti, il Comune di Arezzo ebbe ad esercitare la prelazione *ex art.* 9 della

l. n. 475/1968 per la sede farmaceutica n. 1, ne discende che è in occasione dell'assegnazione della sede farmaceutica per cui è causa – la n. 25 di Arezzo – che per la prima volta si è determinata quella situazione (una sola sede disponibile da assegnare), in presenza della quale scatterebbe il criterio dell'alternanza secondo il metodo dell'art. 9 cit., il quale impone di partire dall'offerta in prelazione all'Amministrazione comunale, conseguentemente, sarebbe destituita di qualunque fondamento la tesi dei ricorrenti secondo cui la sede in questione non si sarebbe dovuta offrire in prelazione, ma si sarebbe dovuta mettere a concorso per l'esercizio privato;

- parimenti infondato sarebbe il secondo motivo del ricorso originario, secondo il quale l'esercizio della prelazione per la sede farmaceutica n. 25 da parte del Comune di Arezzo sarebbe tardivo perché effettuato oltre il termine di sessanta giorni all'uopo previsto dall'art. 19 della l.r. n. 16/2000, con il corollario che il Comune sarebbe comunque decaduto dalla prelazione, poiché i ricorrenti non avrebbero fornito alcun principio di prova a sostegno delle proprie affermazioni, limitandosi ad invocare la prassi dell'utilizzo del fax da parte della P.A., per dedurre che in data 14 aprile 2009 la Regione Toscana avrebbe anticipato via fax il decreto regionale n. 1509/2009, con cui si offriva in prelazione al Comune di Arezzo la sede farmaceutica n. 25, con il corollario che il termine per l'esercizio della prelazione stessa sarebbe scaduto il 13 giugno 2009, mentre il Comune l'aveva esercitata con deliberazione del 17 giugno 2009; mentre nel caso di specie, non si sarebbe verificata alcuna decadenza poiché l'esercizio della prelazione sarebbe stato tempestivo, in quanto disposto nei sessanta giorni dalla ricezione – il 20 aprile 2009 – della nota regionale che recava il citato decreto n. 1509/2009 (cfr. doc. 1-bis del Comune di Arezzo in primo grado);

- altresì, sarebbero infondati il terzo ed il quarto motivo del ricorso originario, atteso che - anche a prescindere dal richiamo, effettuato dalla Regione, a quella

giurisprudenza che esclude la necessità di una motivazione espressa per l'esercizio della prelazione - nella fattispecie ora in esame il predetto esercizio da parte del Comune di Arezzo (tramite la deliberazione della Giunta Comunale n. 366 del 17 giugno 2009) risulta adeguatamente motivato, attraverso l'elencazione dei servizi e delle prestazioni che la titolarità comunale dell'autorizzazione farmaceutica può assicurare, sotto i profili dell'assistenza farmaceutica e della prevenzione ed educazione sanitaria, in aggiunta rispetto all'attività di normale erogazione dei farmaci svolta dalla generalità delle farmacie (per es., svolgimento volontario e per tutto l'anno del servizio notturno; promozione ed adesione ai progetti di consegna dei farmaci a domicilio, in favore di cittadini disagiati, senza oneri diretti per il paziente); inconferente sarebbe ancora il richiamo, del pari contenuto nel terzo motivo, al principio di proporzionalità, in quanto l'attribuzione del diritto potestativo di prelazione al Comune sarebbe invece un'opzione del Legislatore, il quale ha, del resto, attraverso il già delineato meccanismo dell'alternanza, tenuto conto anche delle aspettative dei privati all'assegnazione delle sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione con pubblico concorso;

- con riferimento, infine, alle censure di violazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 e dei principi comunitari di concorrenza, dedotte sia con il terzo, sia con il quarto motivo, sarebbero frutto di un equivoco, in quanto sposterebbero sul distinto procedimento per l'esercizio del diritto di prelazione doglianze da formulare, casomai, avverso il successivo ed autonomo procedimento di affidamento della gestione della sede n. 25 ad opera del Comune di Arezzo, una cosa essendo la titolarità dell'autorizzazione farmaceutica, rilasciata dalla Regione competente per effetto del perfezionamento delle condizioni di cui alla l. n. 475/1968, altra cosa la gestione della relativa azienda;

- inammissibilità dei motivi aggiunti depositati il 24 maggio 2010, nella parte in cui venivano con essi impugnate la nota del medico provinciale prot. n. R/54 del 10

gennaio 1977 e la deliberazione del Consiglio Comunale di Arezzo n. 156/1977, in quanto i ricorrenti non avevano impugnato l'atto conclusivo del procedimento di esercizio della prelazione, da parte del Comune di Arezzo, per la sede farmaceutica n. 1 (e cioè la deliberazione della Giunta Regionale n. 9906/1977); oltre che irricevibilità, perché tardivi;

- quanto ancora alle censure volte a contestare l'affidamento, da parte del citato Comune, della gestione della suindicata sede farmaceutica all'A.F.M. S.p.A., quale società mista già individuata come affidataria della gestione del servizio farmaceutico espletato attraverso le farmacie comunali nel territorio del Comune di Arezzo, dedotte con i motivi aggiunti depositati il 21 gennaio 2010 – proposti anche come autonomo ricorso, rubricato al n. 93/2010 di R.G. – e con l'ultimo motivo aggiunto (lett. C) depositato il 24 maggio 2010, inammissibilità delle stesse per come eccepito dalla difesa dell'A.F.M. S.p.A., poiché una volta che il Comune di Arezzo, tramite l'esercizio della prelazione *ex art. 9 cit.*, aveva legittimamente sottratto la nuova sede farmaceutica all'esercizio privato, nessun interesse dei ricorrenti sarebbe ravvisabile circa la scelta, ad opera del predetto Comune, dell'uno o dell'altro modello gestionale; i ricorrenti sarebbero altresì sprovvisti, sul punto, anche della legittimazione ad agire, giacché, secondo un richiamato orientamento giurisprudenziale, i titolari delle farmacie esistenti sarebbero titolari di un interesse di mero fatto, giuridicamente non tutelato, ad impugnare i provvedimenti con i quali il Comune, dopo essere divenuto titolare di una farmacia di nuova istituzione per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione, attivi le procedure finalizzate alla sua gestione.

Nemmeno potrebbe replicarsi invocando il modello gestionale *ex art. 9*, primo comma, lett. d), della l. n. 475/1968, poiché, si tratterebbe infatti, di modello gestionale che presuppone un rapporto di dipendenza tra Amministrazione comunale e farmacista, cui risulterebbero, dunque, estranei i farmacisti ricorrenti

ed incompatibile con la sfera di interessi collettivi alla cui tutela è preposta l'associazione ricorrente.

In ogni caso, il Comune di Arezzo eccepiva in proposito che il modello gestionale *ex art. 9, primo comma, lett. d)*, della l. n. 475 cit. presupporrebbe una pregressa situazione di gestione in economia della farmacia comunale: gestione in economia che, sebbene possibile in base alla lett. a) del medesimo primo comma, non è stata mai praticata dal Comune.

Con l'atto di appello ora in esame, gli interessati deducono:

A) Sul primo gruppo di argomentazioni svolte dalla sentenza impugnata:

I) *error in iudicando*:

- violazione e falsa applicazione artt. 9 e 10 legge 2 aprile 1968 n. 475;
- contraddittoria ed erronea motivazione circa un punto decisivo della controversia (primo motivo del ricorso introduttivo e secondi motivi aggiunti).

II) *error in iudicando*:

- violazione dell'art. 112 c.p.c.: inosservanza del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato;
- violazione dell'art. 19 della l. reg. Toscana 25 febbraio 2000, n. 16;
- contraddittoria ed erronea motivazione circa un punto decisivo della controversia (2° motivo del ricorso RG n. 1617/2009).

III) *error in iudicando*:

- violazione dell'art. 23 *-bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, come introdotto con la legge di conversione 6 aprile 2008 n. 133;
- contraddittoria e erronea motivazione circa un punto decisivo controversia (3° motivo del ricorso R.G n. 1617/2009).

Sul secondo gruppo di argomentazioni svolte dalla sentenza impugnata:

IV) *error in iudicando*:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c.;

- violazione e falsa applicazione dell'art. 14, comma 4, della l. reg. Toscana 25 febbraio 2000 n. 16;

- contraddittoria ed erronea motivazione circa un punto decisivo della controversia (4 ° motivo del ricorso R.G. n. 1617 /2009 e primi motivi aggiunti ad esso afferenti; ricorso autonomo R.G. n. 93/2010).

B) Circa i motivi di ricorso svolti in primo grado e rimasti assorbiti e dunque, reiterati ai fini della devoluzione in appello (impugnazione della delibera C.C. di Arezzo n. 191/2009 (3° motivo lett. B) e 4° motivo del ricorso R.G. n. 1617/2009, nonché primi motivi aggiunti ad esso afferenti; 1°, 2° e 3° motivo del ricorso RG n. 93/2010):

I) - violazione degli artt. 113 e 116, d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 ("TUEL"); violazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, conv. con modificazioni in l. n. 133/2008, come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009, conv. con modificazioni in l. 166/2009; eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, per difetto del presupposto e per carenza di motivazione;

II) ulteriore violazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, conv. con modificazioni in l. n. 133/2008, come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009, conv. con modificazioni in l. n. 166/2009, ulteriore eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, per difetto del presupposto e per carenza di motivazione;

III) violazione dell'art. 23-*bis* comma 8 del d.l. n. 112/2008, conv. con modificazioni in l. n. 133/2008, come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009, conv. con modificazioni in legge 166/2009.

Si sono costituiti per resistere, la Regione, il Comune e l'AFM, ribadendo la correttezza della sentenza di primo grado.

Con la istanza di fissazione di udienza depositata il 6 marzo 2018, la difesa di parte ricorrente ha precisato che *“gli appellanti dott. Sauro Batistini e Dott.ssa Giovanna Nofri*

non hanno più interesse a coltivare il giudizio, mentre i restanti sottoscrittori appellanti dell'istanza hanno confermato il loro interesse”.

L'AFM contesta la legittimazione degli appellanti ed, in particolare, la tesi secondo la quale troverebbe tutela nel nostro ordinamento l'interesse dei farmacisti al corretto svolgimento delle regole che governano lo svolgimento del servizio di assistenza farmaceutica. Anche se le deliberazioni comunali che hanno portato all'affidamento della gestione della sede farmaceutica alla AFM si rivelassero illegittime, la sede resterebbe comunque nella titolarità del Comune, il quale dovrebbe solo determinarsi diversamente nella scelta del modello di gestione di essa, pervenendo ad una soluzione gestionale differente da quella fatta propria con le deliberazioni gravate.

L'art. 14, comma 4, della l. reg. Toscana n. 16/2000 prevede che l'apertura della farmacia di nuova istituzione debba essere effettuata, a pena di decadenza dell'assegnazione, entro sei mesi dalla pubblicazione sul Bollettino ufficiale della Regione Toscana del provvedimento regionale di assegnazione.

Nel caso in esame, il Comune avrebbe legittimamente esercitato la prelazione nei termini (art. 10, comma 2, l. 475/1968). Inoltre, il Comune di Arezzo avrebbe, altresì, provveduto ad aprire la farmacia con provvedimento n. 274 del 27 gennaio 2010 (depositato dal medesimo Comune nel corso del giudizio di primo grado). E, dunque, la decadenza non si sarebbe verificata.

L'atto di apertura rimarrebbe in ogni caso valido ed efficace, non essendo un atto meramente esecutivo e consequenziale dell'atto di scelta della modalità di gestione. Peraltro, tale mancata impugnazione comporterebbe anche una ulteriore ipotesi di inammissibilità del ricorso di controparte.

Invero, la mancata impugnazione del provvedimento consequenziale renderebbe improcedibile, per sostanziale carenza di interesse, l'impugnazione indirizzata nei confronti dell'atto presupposto.

Si costituisce altresì, la Regione Toscana, rilevando l'erroneità della ricostruzione di parte appellante circa gli eventi che avevano determinato l'esercizio della prelazione ed afferma che, come risulterebbe dalla deliberazione del Consiglio regionale n. 546 del 1976 di revisione della pianta organica delle farmacie, si era resa vacante la sede n. 1 ed era istituita la sede n. 23.

Veniva, dunque, applicata la regola del 50% ai sensi dell'art. 9, l. n. 475 del 1968. Inoltre, la deliberazione della Giunta regionale n. 9906 del 16 novembre 1977 non potrebbe ritenersi anticipatoria della deliberazione n. 8804 del 1980, che dispose il trasferimento ai Comuni della titolarità e della gestione delle farmacie esterne (aperte al pubblico) di cui erano titolari gli enti ospedalieri.

Ne deriverebbe dunque, che il Comune ebbe ad esercitare la prelazione *ex art. 9 cit.*

Inoltre, contro deduce l'erroneità della ricostruzione di parte appellante circa l'intervenuta decadenza ed il difetto di motivazione del provvedimento comunale n. 366/2009.

Ancora, eccepisce l'inammissibilità della censura di violazione dell'art. 100 c.p.c. e della l. reg. Toscana n. 16 del 2000 in ordine alla modalità di affidamento della gestione ed, ulteriormente ne afferma l'infondatezza.

Anche il Comune di Arezzo si costituisce, ribadendo le medesime difese della Regione appena descritte e, con riferimento alla scelta del modello gestione, precisando che essa è avvenuta in un momento successivo; ribadisce l'eccezione inerente alla mancata impugnazione dell'atto conclusivo del procedimento di esercizio della prelazione.

Infine, precisa che con delibera n. 153 del 1° giugno 2001 il Consiglio comunale stabiliva di modificare la configurazione societaria di A.F.M. S.p.a. secondo la forma di gestione dei servizi pubblici locali prevista dall'art. 113, comma 1, lett. f, d.lgs. n. 267/2000, eliminando pertanto il vincolo della proprietà maggioritaria

pubblica del capitale della citata società, la quale ha acquisito conseguentemente la forma di società a capitale prevalentemente privato, secondo quanto previsto al tempo dall'art. 113 e dall'art. 116 del medesimo d.lgs.; inoltre, provvedeva ad approvare lo schema di atto costitutivo modificato, il nuovo statuto ed il contratto di servizio, attivando la procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione dei soci provati della società ai quali cedere l'80% del capitale.

L'aggiudicazione della quota è avvenuta con provvedimento dirigenziale n. 1653 del 28 marzo 2002 e la procedura si è conclusa con la stipula del contratto di data 4 luglio 2002, con affidamento per 25 anni dal 20 luglio 2001.

Precisa, ancora, che a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 113 *bis* del d.lgs. n. 267 del 2000, con sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2004, l'art. 116 è tornato a disciplinare la fattispecie generale delle società per azioni con partecipazione minoritaria degli enti locali.

Quanto alla disciplina applicabile espone che il servizio farmaceutico, a seguito dell'emanazione dell'art. 15, d.l. n. 135 del 2009 non era più soggetto alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma alle disposizioni della l. 2 aprile 1968, n. 475, senza che ci fosse la previsione di un periodo transitorio.

Infine, quanto all'affidamento ad AFM della gestione della nuova farmacia di Ceciliano, esso risulterebbe giustificato dal fatto che AFM è titolare di concessione del servizio farmaceutico, con delibera del consiglio comunale n. 191 del 26 novembre 2009, che approvava la revisione triennale del contratto di servizio, dunque, la scelta rispondeva ad esigenze di economicità dell'azione amministrativa.

In ogni caso, qualora si ritenesse che il servizio farmaceutico fosse soggetto alla disciplina dei servizi pubblici locali, l'affidamento ad AFM sarebbe rientrato comunque nel disposto dalla lett. c) del comma 8 dell'art. 23- *bis* d.l. n. 112/2008, come modificato dall'art. 15, d.l. n. 135/2009.

Con ulteriore memoria di replica, gli appellanti contestano la ricostruzione delle amministrazioni resistenti.

All'udienza di discussione del 29 gennaio 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I – In via del tutto preliminare, deve ritenersi che i farmacisti appellanti, in effetti, non hanno dato anche in questa sede idonea dimostrazione del proprio interesse, poiché, effettivamente, anche ove fosse rimosso l'affidamento all'AFM in via giudiziaria, non emerge come essi possano in qualche modo conseguire la titolarità della farmacia per cui si procede.

L'interesse vantato si risolve, dunque, in una posizione meramente astratta. Tuttavia, non può essere contestata la posizione legittimante dell'Associazione, in quanto rappresentativa dei farmacisti, al corretto svolgimento della procedura.

Peraltro, ritiene il Collegio di non doversi soffermare su tali questioni, essendo infondato l'appello nel merito.

II – La presente controversia attiene all'esercizio della prelazione, effettuato con deliberazione n. 366 del 17 giugno 2009 dal Comune di Arezzo, della sede farmaceutica n. 25 nella località Case Nuove di Ceciliano, istituita dalla deliberazione regionale n. 65 del 2 febbraio 2009 (procedimento definito con decreto dirigenziale di assegnazione n. 3734 del 29 giugno 2009): ciò costituisce l'oggetto del primo dei ricorsi decisi dal primo giudice.

Di seguito il Comune di Arezzo, con deliberazione comunale n. 191/2009, affidava il nuovo plesso farmaceutico in gestione alla Società mista pubblico-privata Azienda Farmaceutica Municipalizzata s.p.a. (A.F.M. s.p.a.); avverso tale provvedimenti la Federfarma Arezzo proponeva nuovo ricorso con motivi aggiunti all'originario ricorso 1617/2009, a valere come autonomo ricorso a cui veniva assegnato il r.g. 93/2010.

Successivamente all'istruttoria disposta dal Tribunale, in data 24 maggio 2010 i ricorrenti depositavano ulteriore ricorso per motivi aggiunti avverso i documenti prodotti dalla Regione e dal Comune.

III - Con la prima censura di cui al primo motivo di appello, viene ulteriormente contestata la procedura seguita per l'affidamento della sede farmaceutica n. 1.

Orbene, tale doglianza non fa altro che reiterare i motivi aggiunti del 24 maggio 2010, nella parte in cui erano impugnate la nota del medico provinciale prot. n. R/54 del 10 gennaio 1977 e la deliberazione del consiglio comunale di Arezzo n. 156/1977.

Rispetto a tali censure non possono che risultare assorbenti le conclusioni del primo giudice in ordine all'inammissibilità delle stesse, per la mancata impugnazione dell'atto conclusivo del procedimento di esercizio della prelazione, da parte del Comune di Arezzo, per la sede farmaceutica n. 1, ovvero della deliberazione della giunta regionale n. 9906/1977 e dell'irricevibilità delle stesse, oltre all'inammissibilità dell'impugnazione degli atti endoprocedimentali connessi.

Argomentano gli appellanti che il trasferimento della titolarità della sede n. 1 al Comune sarebbe avvenuto in applicazione della l.r. 79/1975, recante "*Obiettivi e norme di attuazione del piano ospedaliero transitorio della Regione Toscana*", sulla base della quale la Giunta regionale avrebbe adottato la delibera n. 3744 del 15 aprile 1976, con cui affidava al Comune di Arezzo la gestione provvisoria della farmacia esterna dell'ospedale Generale Provinciale S. Maria Sopra i Ponti di Arezzo, costituente la sede n. 1.

Successivamente la delibera della G.R. n. 9906 del 16 novembre 1977 avrebbe conferito la titolarità definitiva della predetta sede al Comune, anticipando il contenuto della deliberazione della G.R. n. 8804 del 10 settembre 1980, che disponeva il trasferimento ai Comuni della titolarità e della gestione delle farmacie esterne (aperte al pubblico) di cui erano titolari gli Enti ospedalieri, in

concomitanza con la devoluzione delle funzioni dei predetti enti alle costituenti Unità sanitarie locali.

Deducono, dunque, che l'interesse all'impugnazione della deliberazione n. 9906/1977 deriverebbe unicamente dall'interpretazione resa in sede giudiziaria dall'amministrazione e conseguentemente la tempestività del gravame. Se ne fa discendere anche l'omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado in ordine alle censure dedotte con i motivi aggiunti.

Orbene, tuttavia, dalla ricostruzione in atti si evince che – differentemente da quanto affermato da parte appellante – non è che l'interesse all'impugnazione è sorto dalle risultanze delle difese svolte dall'amministrazione, non essendo stata invece esercitata nei termini decadenziali alcuna azione ad eventuale tutela.

Infatti, dopo l'entrata in vigore della l. n. 475/1968 (cfr. decreto del Medico Provinciale di Arezzo n. 1723 del 1969 di approvazione della pianta organica delle farmacie del Comune di Arezzo), erano istituite cinque nuove sedi farmaceutiche (nn. 18, 19, 20, 21 e 22) e la sede n. 11 diveniva vacante. Era, dunque, applicato il criterio del 50 per cento previsto dall'art. 9, comma 1, della l. 475/1968, sulla base del quale *“la titolarità delle farmacie che si rendano vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica può essere assunta per la metà dal Comune”*. Conseguentemente le sei sedi venivano così ripartite: tre venivano offerte in prelazione al Comune (le nn. 18,20 e 22) e tre venivano messe a concorso e quindi destinate all'esercizio privato (le nn. 19,21 e 11).

Successivamente, come risulta dalla deliberazione del consiglio regionale n. 546 del 21 settembre 1976 di revisione della pianta organica delle farmacie comunali di Arezzo, si rendeva vacante la sede n. 1 e veniva istituita la sede n. 23.

Tali sedi venivano dichiarate rispettivamente vacanti e di nuova istituzione dalla delibera della Giunta regionale n. 13402 del 15 dicembre 1976.

Sempre per la regola del 50 per cento, il Comune esercitava la prelazione con riferimento alla sede n. 1, mentre la sede n. 23 veniva messa a concorso, bandito con la deliberazione della Giunta Regionale n. 3616 del 4 marzo 1977.

Ad ulteriore conferma di tale interpretazione, vale richiamare quanto sottolineato dalle difese dell'Amministrazione:

- nell'elenco, contenuto nella deliberazione n. 8804/80, relativo alle farmacie trasferite *ope legis* ai Comuni non compare alcun riferimento alla sede farmaceutica n. 1 di Arezzo;

- nelle premesse alla delibera n. 9906/77 è richiamata la deliberazione del Consiglio Comunale di Arezzo n. 156 del 28 febbraio 1977 *“con la quale è stato esercitato per la predetta sede”* - e cioè la sede farmaceutica n. 1 - *“il diritto di prelazione previsto dagli artt. 9 e 10 della legge 2.4.1968”*.

Non si tratta, dunque, di una mera autodefinizione da parte dell'Amministrazione; al contrario è la parte ricorrente che non riesce a dimostrare l'erroneità di siffatta ricostruzione.

IV – Circa il secondo motivo di appello, nessun supporto probatorio o principio di prova è fornito a sostegno della tardività dell'esercizio della prelazione.

Risultano infondate le censure attinenti all'omessa pronuncia, avendo il primo giudice ampiamente deciso su tutti i motivi di gravame.

Né può essere condiviso quanto dedotto circa la mancata motivazione del primo giudice in ordine alla concreta giustificazione dell'esercizio della prelazione.

La contestazione non è idonea a smentire quanto sottolineato dal Tribunale di prime cure in ordine alla puntuale elencazione da parte del Comune di tutti i vantaggi (in termini di servizi aggiuntivi) costituenti le ragioni di opportunità per l'esercizio della prelazione.

L'art. 9 della l. n. 475/1968 stabilisce che la titolarità delle farmacie, che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica, può essere assunta per la metà dal comune.

La norma assegna all'ente il potere di istituire o meno la farmacia comunale, decisione che rientra dunque pienamente nell'autonomia locale da esercitare, evidentemente, in relazione ai fini sociali e per promuovere lo sviluppo della comunità amministrata: tale facoltà risulta esercitata nel caso in esame, coerentemente con le finalità evidenziate.

V – Quanto agli ulteriori motivi di appello, che ripropongono i motivi attinenti al modello gestionale, occorre evidenziare che gli odierni appellanti non hanno impugnato la delibera con cui è stata disposta l'autorizzazione all'apertura della farmacia (provvedimento del Comune n. 274 del 27 gennaio 2010).

Orbene, l'autorizzazione ad aprire ed esercitare una farmacia è rilasciata con provvedimento definitivo dall'autorità competente per territorio, individuata in base alla vigente legislazione regionale.

Ciò risulta sufficiente a determinare l'inammissibilità dei motivi.

V – Tuttavia, per completezza, deve evidenziarsi che la tesi di parte appellante non può essere condivisa, neppure con riguardo alla individuazione della disciplina applicabile, trovando, invece conferma l'iter procedimentale seguito dal Comune.

L'attività delle farmacie comunali è, infatti, soggetta alla disciplina di settore.

L'esercizio di una farmacia costituisce pubblico servizio, come riconosciuto dall'art. 33 del d.lgs.

n. 80/1998. Si rilevato dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2007, n. 637), il servizio farmaceutico comunale rientra senza dubbio tra i servizi di rilevanza economica di cui all'art.113, d.lgs. n. 267/2000, essendo un servizio pubblico di rilevanza economica, qualificazione, altresì, richiamata dalla Corte Costituzionale (10 ottobre 2006, n. 87) secondo la quale “*la complessa*

regolamentazione pubblicitaria dell'attività economica di rivendita dei farmaci è infatti 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”.

Tuttavia, il d.l. 25 settembre 2009, n. 135, come convertito in l. n. 166/2009, ha poi escluso le farmacie comunali dall'ambito applicativo dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito in l.

n. 133/2008 - esclusione confermata dall'art. 1, c. 3, lett. d), del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 e

poi dall'art. 4, co. 34, del d.l. n. 138/2011 (successivamente inciso dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012) e s.m.i. - stabilendo che le modalità gestionali delle farmacie comunali siano quelle di cui all'art. 9 della legge n. 475/1968, così come modificato dall'art. 10 della l. n. 362/1991.

Le farmacie pubbliche, dunque, non risultano attratte nella sfera di applicazione delle norme concernenti i servizi pubblici locali.

La disciplina delle modalità di gestione del servizio di farmacia comunale rimane, pertanto, contenuta nella normativa di settore, costituita dall'art. 9, l. n. 475/1968, come modificato dall'art. 10, l. n. 362/1991, recante “*Norme concernenti il servizio farmaceutico*”, e, per espresso rinvio operato dalla stessa normativa di settore, nella normativa generale sulle modalità organizzative dei servizi pubblici locali (cfr. anche, Consiglio di Stato, Sez. V, 6 ottobre 2010, n. 7336).

VI – Dunque, per quanto sin qui evidenziato, l'appello deve essere respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza n. 1165/2011, previa dichiarazione di improcedibilità con riguardo alla posizione degli appellanti Batistini e Nofri.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, dichiara in parte improcedibile l'appello, come proposto dai signori Batistini e Nofri, e lo respinge per il resto e per l'effetto, conferma la sentenza n. 1165/2011.

Compensa le spese del presente grado di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2019, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

Giovanni Sabato, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere

L'ESTENSORE

Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE

Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO