**N. 01828/2014REG.PROV.COLL.**

**N. 08566/2013 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 8566 del 2013, proposto da:  Roma Capitale, rappresentata e difesa dall' avvocato Pier Ludovico Patriarca, domiciliato presso l’Avvocatura capitolina in Roma, via del Tempio di Giove 21;

*contro*

Antinori Tiziana, quale legale rappresentante della "Farmacia Eredi Vellani snc" titolare della farmacia in Roma via Acquaroni 72; Terreri Gianfranco, quale titolare della farmacia in Roma via Villabate 175, rappresentati e difesi dall'avv. Paolo Leopardi, con domicilio eletto presso lo stessso in Roma, via G. Pisanelli 2;

*nei confronti di*

Regione Lazio; Azienda Sanitaria Locale RM A;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II n. 06615/2013, resa tra le parti, concernente revisione straordinaria della pianta organica della farmacie di Roma Capitale - anno 2012

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio con appello incidentale di Antinori Tiziana, quale legale rappresentante della "Farmacia Eredi Vellani snc", e di Terreri Gianfranco, quale titolare della farmacia in Roma via Villabate 175;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2014 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Patriarca e Leopardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Roma – Sezione II, con sentenza n. 6615 del 19 giugno 2013 depositata il 4 luglio 2013, ha accolto, con compensazione delle spese, il ricorso proposto dai due titolari di farmacie in Roma in epigrafe indicati avverso la deliberazione della Giunta comunale di Roma Capitale n. 157 del 30 maggio 2012, recante revisione straordinaria per il 2012 della pianta organica delle farmacie di Roma Capitale con l’istituzione di 119 nuove sedi farmaceutiche, ai sensi dell’art. 11 del D.L. n. 1/2012 convertito in legge n. 27/2012, e in particolare delle nuove farmacie nn. 758 e 760.

Il T.A.R. ha dapprima disatteso la eccezione di incostituzionalità di quella normativa che ha attribuito ai Comuni, e non più alle Regioni, il compito di individuare, sentiti l’A.S.L. e l’Ordine provinciale dei farmacisti, le nuove sedi farmaceutiche in base al nuovo parametro di una ogni 3.300 abitanti residenti (anziché 4.000, come in precedenza) sulla base dei dati I.S.T.A.T. al 31 dicembre 2010, non ritenendo sussistente nel caso in esame alcun concreto conflitto di interesse con la posizione imprenditoriale dei Comuni, titolari di farmacie comunali, e comunque irrilevante ai fini del decidere il caso all’esame.

Ha quindi ritenuto fondata la censura di incompetenza della Giunta Comunale in materia, ritenendo che l’atto di istituzione e localizzazione di nuove farmacie costituisce esercizio di un potere del Comune di tipo programmatico, con riflessi sulla pianificazione e organizzazione del servizio farmaceutico nel territorio comunale, e quindi, pur in presenza di pronunce contrastanti e dell’abrogazione dell’art. 2 della legge n. 475/1968 che prevedeva la competenza del Consiglio comunale, lo stesso attiene a un pubblico servizio di cui all’art. 42 del D.Lgs. n. 267/2000 (Testo Unico Ordinamento degli Enti Locali) che attribuisce l’organizzazione dei pubblici servizi al Consiglio Comunale.

2. Roma Capitale, con atto notificato il 15 novembre 2013 e depositato il 27 novembre 2013, ha interposto appello, con domanda di sospensiva, riproponendo in via preliminare l’eccezione di inammissibilità e improcedibilità del ricorso in primo grado, già prodotta in primo grado e non esaminata dal T.A.R., per la mancata impugnativa della determinazione regionale n. B07698 del 18 ottobre 2012, recante l’indizione del concorso straordinario per le nuove sedi farmaceutiche proprio in applicazione delle nuove disposizioni.

Ribadisce la competenza della Giunta Comunale a seguito della recente normativa e della giurisprudenza di questo Consiglio che anche in precedenza aveva attribuito l’adozione di tale provvedimento alla Giunta Comunale, anche nel contesto della corretta individuazione e distinzione delle funzioni spettanti ai diversi organi comunali, ex citato D.Lgs. n. 267/2000, che affida alla Giunta la gran parte dell’attività comunale, di carattere sostanzialmente gestionale, e al Consiglio alcuni atti tassativamente indicati e di carattere e contenuto generale, quale non è quello all’esame.

Contrasta altresì i motivi dedotti dai ricorrenti e assorbiti (carenza di istruttoria e di motivazione, violazione di legge, manifesta illogicità e sviamento di potere), sottolineando di aver applicato la nuova normativa, di aver effettuato scelte tecnico-discrezionali insindacabili dopo aver svolto un’accurata istruttoria acquisendo i prescritti pareri favorevoli.

Con memorie depositate il 17 e 27 febbraio 2014 sono stati ribaditi i motivi dell’appello e si è replicato alle memorie dei controinteressati.

3. I titolari delle due farmacie in epigrafe indicati (Antinori, Terreri) si sono costituiti con appello incidentale depositato il 9 dicembre 2013, riproponendo le censure già dedotte in primo grado (mancato esame pregiudiziale dell’illegittimità costituzionale del citato art. 41, nonché carenza istruttoria e motivazionale) e contestando argomentatamente il criterio utilizzato per il calcolo della popolazione residente e quindi l’ubicazione delle nuove farmacie nn. 758 e 760 con conseguente riparametrazione di altre sedi e senza valutare l’utilità delle farmacie in quella zona.

Peraltro il termine di un anno per l’espletamento del concorso regionale è scaduto e la norma prevede la revisione della pianta organica entro il mese di dicembre di ogni anno pari, quindi con popolazione residente al 2012.

Sostengono che la determinazione regionale di indizione del concorso era da intendersi atto successivo, autonomo e non necessariamente da impugnare riguardando altre numerose sedi farmaceutiche.

Con memoria depositata il 13 febbraio 2014 sono state ribadite le argomentazioni già svolte.

4. La Sezione, con ordinanza n. 4971 del 12 dicembre 2013, ha accolto l’istanza cautelare con sospensione dell’esecutività della sentenza impugnata, ritenendo fondato l’appello principale e consentendo l’espletamento del concorso fino all’approvazione della graduatoria senza procedere all’assegnazione delle farmacie in contestazione.

5. La causa, all’udienza pubblica del 20 marzo 2014, è stata trattenuta in decisione.

6.1. Per le considerazioni che seguono l’appello principale è fondato, l’appello incidentale va respinto e la sentenza impugnata va riformata con il rigetto del ricorso di primo grado.

6.2. In via preliminare può prescindersi dall’eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado sollevata da Roma Capitale in considerazione della fondatezza dell’appello di Roma Capitale, e in ogni caso la stessa va disattesa, posto che la dedotta mancata impugnativa della determinazione regionale indittiva del concorso non rileva al momento in questa sede, in quanto atto successivo autonomo ma applicativo del provvedimento comunale precedentemente gravato e immediatamente lesivo e che ne costituisce il presupposto essenziale a ogni conseguente effetto avuto riguardo all’esito del presente giudizio, di cui condivide le sorti.

La Sezione poi rileva la manifesta infondatezza della eccezione di illegittimità costituzionale dell’art. 11 del citato D.L. 1/2012, riproposta dai farmacisti controparte, posto che il T.A.R., contrariamente a quanto sostenuto, si è soffermato a lungo sul punto con estese ed esaurienti argomentazioni, che il Collegio condivide, essendosi già pronunciato in senso analogo con la sentenza n. 4667/2013, e che hanno evidenziato, fra l’altro, la compatibilità della normativa italiana con i principi comunitari sanzionata dalla Corte di Giustizia (19 maggio 2009, n. C. 513/06), dichiarando l’eccezione “manifestamente infondata” nonché di dubbia rilevanza nel caso di specie.

6.3. Occorre quindi esaminare il capo della sentenza che ha ritenuto competente in materia il Consiglio Comunale anziché la Giunta Comunale.

Orbene, la Sezione non può non uniformarsi all’ormai prevalente orientamento espresso in particolare proprio da questo Collegio (cfr., da ultimo, citata n. 4669/2013 e la n. 4257/2013), alla quale si fa richiamo anche per esigenze di economia processuale e che individua invece nella Giunta l’organo comunale deputato all’adozione del provvedimento de quo.

6.4. Resta da valutare la censura, riprodotta, circa la carenza istruttoria e motivazionale della deliberazione comunale.

Ad avviso del Collegio, il provvedimento contiene gli elementi, in fatto e in diritto, indispensabili a configurare la fattispecie all’esame.

Risulta infatti, dagli atti depositati, che il Comune ha operato in corretta applicazione della nuova normativa, espletando la prescritta istruttoria con l’acquisizione dei pareri favorevoli dell’A.S.L. e dell’Ordine provinciale dei Farmacisti – che ha notoriamente la funzione di tutelare i propri iscritti quindi di interessi legittimi ma particolari assicurata proprio con la partecipazione al procedimento (cfr., cit. III n. 4257/2013) – nonché dei dati necessari per l’istituzione e l’ubicazione delle nuove farmacie, comprese quelle qui in contestazione, tenendo conto della specificità e delle caratteristiche del servizio pubblico da erogare e delle diverse aree del territorio comunale.

Nella fattispecie il Comune ha in proposito esercitato un’attività tecnico-discrezionale allo stesso spettante (cfr. III nn. 1858/2013 e 915/2014) con scelte insindacabili in quanto immuni da manifesta irrazionalità o illogicità.

Le valutazioni e i dati forniti in fatto dai controinteressati non sono suffragati da elementi oggettivi e probatori tali da contrastare le determinazioni comunali che così si intenderebbero sostituire in modo assertivo e di parte.

7. Per le considerazioni che precedono l’appello principale va accolto, l’appello incidentale va respinto e, in riforma della sentenza impugnata, va rigettato il ricorso di primo grado.

Tenuto conto della peculiarità e complessità del caso si ritiene di disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Respinge l’appello incidentale.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Michele Corradino, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/04/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)