

Pubblicato il 27/02/2018

N. 01205/2018REG.PROV.COLL.

N. 08980/2016 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 8980 del 2016, proposto da:
Paola Figliolini, quale titolare della prima sede farmaceutica del Comune di
Francolise, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Bucciero, con domicilio
eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Auriemma in Roma, viale Gorizia, 25/C;

contro

Comune di Francolise, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e
difeso dall'Avvocato Leopoldo Di Bonito, con domicilio eletto presso il suo studio
in Roma, piazza Martiri di Belfiore, 2;

nei confronti di

Farmacia San Francesco s.a.s. di De Lucia Achille, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Pasquale Mercone, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giovanni Catini in Roma, via Giosuè Borsi
4;

e con l'intervento di

ad

adiuvandum:

Ordine Farmacisti della Provincia di Benevento, Ordine Farmacisti della Provincia di Caserta, Ordine Farmacisti della Provincia di Napoli, Ordine Farmacisti della Provincia di Salerno, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Luigi Diego Perifano, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE V n. 02716/2016, resa tra le parti, concernente autorizzazione dell'istituzione di un dispensario farmaceutico.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Francolise e della Farmacia San Francesco S.a.s. di De Lucia Achille;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2018 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli Avvocati Francesco Bucciero, Leopoldo Di Bonito, Luigi Diego Perifano e Pasquale Mercone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La localizzazione delle sedi farmaceutiche sul territorio comunale di Francolise è regolamentata dalle Delibere di C.C. n. 31 del 15.07.1993 e n. 33 del 15.12.2010.

In esse sono previste due sedi farmaceutiche:

- la prima, gestita dalla Dott.ssa Paola Figliolini, operante nella circoscrizione che conta una popolazione di n. 3.945 abitanti e comprensiva delle frazioni di S. Andrea del Pizzone e Ciamprisco con le rispettive case sparse;

- la seconda, gestita dalla Farmacia San Francesco s.a.s. di De Lucia Achille, operante nella circoscrizione che conta una popolazione di n. 1.055 abitanti e comprensiva di Francolise capoluogo e della frazione di Montanaro con le rispettive case sparse.

2. In data 23.04.15, la società San Francesco ha formulato una istanza di trasferimento della propria sede farmaceutica dai locali di via Purgatorio a quelli nuovi ubicati in Via Nazionale Appia - pur sempre situati all'interno della perimetrazione della 2^a sede farmaceutica.

La Regione Campania ha autorizzato il trasferimento con D.D. n. 200 del 13.07.15.

3. A seguire, il Comune di Francolise, con Delibera di Giunta Comunale n. 80 del 09.06.15, prendendo atto della nuova ubicazione dei locali della 2^a sede farmaceutica - in applicazione dell'art. 1 comma 54 della L. R. 5/2013 e senza modificare in alcun modo l'esistente perimetrazione delle sedi - ha istituito un dispensario nell'ambito della stessa 2^a sede farmaceutica, e precisamente nella frazione Francolise capoluogo, al fine di agevolare l'accesso al servizio farmaceutico agli abitanti di siffatta frazione, assegnandone la relativa gestione al titolare della 2^a sede, quale farmacista più vicino.

3. Avverso la Delibera di G. C. n. 80/2015, ha proposto ricorso la Dott.ssa Figliolini, nella qualità di titolare della 1^a sede farmaceutica, a tal fine lamentando:

a) la violazione della l. n. 221/1968, della l. n. 362/1991 e dell'art. 1, comma 54, della l. r. n. 5/2013 - nella parte in cui vi si prevede che l'apertura di un dispensario farmaceutico possa essere autorizzata dalla Regione solo a fronte di una farmacia già prevista in pianta organica ma non aperta. Viceversa, il richiamo all'art. 1 comma 54 della L.R. 5/2013 non sarebbe idoneo a legittimare l'istituzione del dispensario de quo in deroga alla norma nazionale, per la dirimente considerazione che, trattandosi

di materia di legislazione concorrente, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., il legislatore regionale non potrebbe violare i principi fondamentali della legge statale. Tale norma regionale sarebbe, quindi, incostituzionale in quanto lesiva dell'esclusiva territoriale ed elusiva del principio del numero chiuso sotteso al sistema delle piante organiche (l. n. 221/1968);

b) l'irrazionalità assoluta dell'azione amministrativa e, in particolare, della scelta dell'Amministrazione di consentire la collocazione della seconda sede farmaceutica in una zona, Via Nazionale Appia, non facilmente raggiungibile dall'utenza, istituendo poi, in supplenza, un dispensario farmaceutico in Francolise capoluogo; laddove sarebbe stato più utile richiedere esclusivamente l'apertura della seconda sede farmaceutica direttamente a Francolise capoluogo, senza necessità di autorizzare anche l'istituzione di un dispensario farmaceutico.

Inoltre, l'apertura del dispensario è stata autorizzata con delibera di giunta comunale n. 80 del 9.6.2015, prima dell'autorizzazione al trasferimento della sede farmaceutica, intervenuta con decreto regionale n. 200 del 13.7.2015;

c) il mancato espletamento, ai fini dell'assegnazione del dispensario, di una procedura comparativa tra potenziali aspiranti, non potendosi ritenere escluso - benché la normativa preveda l'affidamento del dispensario al titolare di una farmacia privata o pubblica della zona, con preferenza per quello della farmacia più vicina - che l'Amministrazione possa valutare proposte più convenienti che siano formulate all'interno della procedura da altri titolari di farmacie della zona di riferimento;

d) l'incompetenza della Giunta ad adottare la delibera impugnata, la quale rientrerebbe nelle attribuzioni del Consiglio Comunale, in quanto involgente "*un potere di tipo programmatico, con riflessi sulla pianificazione e organizzazione del servizio farmaceutico*"

4. Il TAR Campania – Napoli, con sentenza n. 2716/2016 depositata il 26.05.2016, ha integralmente respinto il ricorso.

5. Nella presente sede l'appellante censura la sentenza di primo grado, reiterando i motivi di doglianza avanzati nel ricorso di primo grado.

6. Il Comune di Francolise si è ritualmente costituito in giudizio, contestando gli assunti avversari ed eccependo preliminarmente l'inammissibilità dell'atto di appello per carenza di interesse ad agire in capo alla parte appellante.

Tale carenza deriverebbe dal fatto che gli atti impugnati non rivestono valenza lesiva degli interessi dell'appellante, non avendo determinato né una modifica della sua zona di pertinenza, né una perimetrazione delle zone esistenti, né l'istituzione di una nuova sede farmaceutica, dovendosi negare, altresì, al dispensario la qualifica di soggetto economico in grado di competere con le farmacie ordinarie.

7. In opposizione alle istanze della parte appellante si è costituita anche la Farmacia San Francesco.

8. Sono intervenuti *ad adiuvandum* i Consigli dell'Ordine dei Farmacisti delle Province di Benevento, Salerno, Napoli e Caserta.

9. A seguito dello scambio di memorie ex art. 73 c.p.a., la causa è stata discussa e posta in decisione all'udienza pubblica dell'1.2.2018.

DIRITTO

1. Deve preliminarmente respingersi l'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione per carenza di interesse ad agire in capo alla parte appellante.

L'istituzione del dispensario attiene all'assetto pianificatorio dei presidi operanti in ambito comunale e impegnati, a diverso titolo, nella distribuzione dei farmaci.

Ciò posto, se è vero – come meglio si chiarirà nel prosieguo – che per effetto della istituzione del dispensario non si determina alcuna automatica violazione dei principi del numero chiuso e della esclusiva territoriale delle singole sedi farmaceutiche, non può negarsi, per contro, un generale interesse dei titolari degli esercizi farmaceutici alla corretta applicazione delle regole che disciplinano l'apertura e la dislocazione,

sul territorio comunale, di tutte le tipologie di strutture in vario modo impegnate nell'attività di distribuzione di prodotti farmaceutici.

Un simile interesse, connesso all'alterazione dei flussi di utenza che, per effetto di simili interventi, possono determinarsi nella relazione concorrenziale tra esercenti di uno stesso ambito geografico - si mostra in modo ancora più plastico in un contesto territoriale, quale quello qui di interesse, caratterizzato da un bacino di popolazione numericamente ristretto e dalla presenza di due sole farmacie operanti in naturale competizione tra di loro.

2. Sempre in via preliminare va riconosciuta l'ammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum*, spiegato nel presente grado di appello dai Consigli dell'Ordine dei Farmacisti meglio indicati in epigrafe. Si tratta, infatti, di soggetti privi della qualità di parte formale o necessaria nel giudizio di primo grado ed il cui interesse, attualizzatosi in corso di causa, è orientato alla tutela di prerogative unitarie della collettività da loro istituzionalmente rappresentata e, in particolare, al rispetto delle norme che regolamentano le ordinarie modalità di programmazione e organizzazione dei servizi farmaceutici sul territorio. In questo senso è l'orientamento costante della giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. IV, n. 3597/2013 e n. 4970/2007; Id., sez. V, n. 1418/2017 e n. 3084/2009).

3. Nel merito, con il primo motivo di appello, la Dott.ssa Figliolini contesta la sentenza impugnata nella parte in cui ha rigettato le censure concernenti l'asserita violazione dell'art. 1 della Legge n. 221/1968, il quale prevede che l'apertura di un dispensario farmaceutico possa essere autorizzata dalla Regione solo «*ove non sia aperta la farmacia privata o pubblica prevista nella pianta organica*».

3.1. Detta disposizione - tuttora vigente, in quanto non abrogata dal d.l. n. 1/2012, convertito in l. n. 27/2012 - assurgerebbe al rango di principio "fondamentale" ai sensi dell'art. 117 Cost., riservato alla competenza legislativa dello Stato e non superabile da parte della legislazione concorrente Regionale.

3.2. Pertanto, il riferimento all'art. 1 comma 54 della L.R. Campania n. 5/2013 - il quale «*per garantire e migliorare il servizio farmaceutico territoriale nelle zone rurali e turistiche*» consente che le amministrazioni locali rilascino «*le necessarie autorizzazioni ai dispensari farmaceutici*» - non sarebbe idoneo a legittimare l'istituzione del dispensario qui oggetto di contestazione, pena il contrasto sia con il disposto inderogabile dell'art. 1 L. 221/1968; sia con gli ulteriori principi fondamentali - promananti dalla normativa statale di cui alla legge 27/2012 - in materia di numero chiuso ed esclusiva territoriale dei presidi farmaceutici.

3.3. La censura non può essere accolta.

Muovendo dall'ultimo dei profili dedotti, deve escludersi, innanzitutto, l'asserita interferenza della disciplina sui dispensari con i principi inerenti il numero chiuso e l'esclusiva territoriale in ambito farmaceutico.

3.4. È sul punto dirimente la considerazione che il dispensario non può essere assimilato alla farmacia.

Si tratta, infatti, di un mero presidio sul territorio al servizio dei cittadini, che tuttavia non viene riconosciuto dalla costante interpretazione giurisprudenziale né come soggetto economico in grado di competere con le farmacie; né come struttura autonoma, essendo gestito, di norma, dalla sede farmaceutica più vicina, di cui è parte integrante.

3.5. Anche la sua istituzione risponde ad una logica del tutto diversa da quella delle farmacie, in quanto è finalizzata esclusivamente a rendere più agevole l'acquisto di farmaci di uso comune e di pronto soccorso in zone territoriali sprovviste di presidi farmaceutici, sopperendo alle esigenze primarie ed immediate della popolazione.

3.6. E' quindi assodato, in giurisprudenza, che, nell'organizzazione generale del servizio farmaceutico, il dispensario costituisce un rimedio suppletivo rispetto a quello primario della farmacie, al quale pertanto non è assimilabile, tanto è vero che

– diversamente da quest'ultimo – risulta privo di circoscrizione territoriale e di autonomia tecnico-funzionale (Cons. Stato, sez. III, n. 521/2015 e 749/2015).

3.7. Per quanto esposto, dalla segnalata divaricazione di caratteri strutturali e funzionali dei due servizi, consegue l'inconferenza di un'argomentazione che pretenda di attribuire all'istituzione dei dispensari una diretta capacità lesiva dei criteri del "numero chiuso" e del "diritto di esclusiva", posti a presidio, quali principi fondamentali della legislazione statale in materia, delle prerogative del farmacista titolare di sede (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 2296/2011, n. 4170/2011 e n. 1714/2012).

4. Diventa a questo punto necessario indagare la relazione nella quale si pongono l'art. 1 L. 221/1968 e l'art. 1 comma 54 della L.R. Campania n. 5/2013, ai sensi del quale *«per garantire e migliorare il servizio farmaceutico territoriale nelle zone rurali e turistiche, le amministrazioni locali rilasciano le necessarie autorizzazioni ai dispensari farmaceutici»*.

4.1. Sul punto il Collegio ritiene di condividere la tesi – recepita in una recente Direttiva della Regione Campania (prot. N. 2017.0675266 del 13.10.2017) – secondo la quale la disciplina regionale non ha inteso modificare i principi e criteri generali stabiliti dalla legislazione statale da osservarsi per la istituzione dei dispensari farmaceutici, ma si è limitata solo a trasferire la competenza dalla Regione ai Comuni in materia di rilascio delle necessaria autorizzazioni.

4.2. Invero, la disposizione regionale, dopo una premessa volta a ribadire quanto già desumibile dalla norma statale circa il fatto che i dispensari sono previsti *«per garantire e migliorare il servizio farmaceutico territoriale nelle zone rurali e turistiche»*, si limita ad aggiungere che *«le amministrazioni locali rilasciano le necessarie autorizzazioni ai dispensari farmaceutici»*. Dunque, l'unico profilo innovativo introdotto dalla disposizione de qua attiene alla competenza al rilascio dell'autorizzazione.

4.3. Resta ferma, per contro - in quanto non investita dalla previsione regionale - la vigenza della condizione imposta dall'art. 1 L. 221/1968 ai fini della istituzione del

dispensario farmaceutico ordinario (*"nei comuni, frazioni o centri abitati di cui alla lettera b) del primo comma (centri con popolazione non superiore ai 5.000 abitanti) ove non sia aperta la farmacia privata o pubblica prevista dalla pianta organica, le regioni...istituiscono dispensari farmaceutici"*).

4.4. Una volta smentita la convergenza di contenuti tra le due disposizioni, regionale e statale, risultano inconferenti tutte le ulteriori deduzioni svolte dalla parte appellante in ordine ad una supposta loro confliggenza e ad una conseguente violazione, in subiecta materia, dei limiti posti dall'art. 117 Cost. al potere legislativo regionale concorrente.

5. L'art. 1 L. 221/1968 è quindi disposizione direttamente rilevante ai fini della decisione in oggetto, in quanto la relativa portata normativa non è limitata o integrata dalla disposizione regionale. Si tratta di determinarne, piuttosto, l'esatto contenuto precettivo.

5.1. La tesi perorata dalla parte appellante punta a ricavare dall'art. 1 la regola tassativa secondo la quale l'istituzione del dispensario ordinario non è consentita in una zona deputata a sede farmaceutica e nella quale il presidio assegnato sia già aperto e operativo.

- In tal senso viene valorizzato, innanzitutto, il tenore letterale della disposizione in esame, nella parte in cui prevede l'istituzione del dispensario in aree *«ove non sia aperta la farmacia privata o pubblica prevista nella pianta organica»* (si vedano in tal senso Cons. Stato, sez. V, n. 5454/2008; sez. III, n. 309/2013).

- Identica conclusione ermeneutica sembrerebbe doversi ricavare dal confronto tra il 2° e l'ultimo comma dell'art. 1 L. 221/1968, riferito al dispensario stagionale, del quale è espressamente ammessa l'apertura, sia pure temporalmente limitata, in coesistenza con una farmacia già attiva, al solo fine di fronteggiare l'incremento di domanda che si determina in specifici periodi dell'anno con l'aumento degli afflussi turistici e delle attività turistico-ricreative.

- A contrario, in assenza della previsione di un analogo limite di temporaneità, la coesistenza tra farmacia attiva e dispensario ordinario appare problematica, in quanto essa, per un verso, viene a contraddire la natura essenzialmente suppletiva ed emergenziale del dispensario; e, per altro verso, risulta confliggente con una logica di pianificazione razionale - quindi capillare e ben distribuita - del servizio, che tendenzialmente non ammette lacune o scoperture territoriali.

- La tesi sostenuta dalla parte appellante trova un ulteriore elemento di sostegno nelle modifiche intervenute nel testo dell'art. 1 della legge n. 221/1968, la cui originaria formulazione ammetteva l'istituzione del dispensario farmaceutico nelle località minori e più isolate «*ove manchi o non sia aperta la farmacia prevista nella pianta organica*».

La modifica intervenuta per mano della legge n. 362/1991 ci ha consegnato l'attuale e già menzionata versione dell'art. 1, secondo la quale l'apertura di un dispensario è ammessa «*ove non sia aperta la farmacia privata o pubblica prevista nella pianta organica*». Dunque, la necessità che una sede farmaceutica sia prevista in pianta organica, ma non sia ancora assegnata o attivata, sembra accentuare la tutela dell'interesse concorrenziale degli operatori farmaceutici, in un'ottica di contingentamento restrittivo del servizio, favorevole alle aspettative commerciali degli stessi farmacisti, ma non altrettanto incline alla tutela indiscriminata dell'interesse degli utenti.

5.3. Sin qui, dunque, gli argomenti di supporto ad una interpretazione "letterale" e "restrittiva" dell'art. 1 L. 221/1968. Si tratta, tuttavia, di una lettura non pienamente persuasiva, per le seguenti ragioni.

5.4. Una interpretazione diacronica della disposizione, che tenga conto del più ampio quadro normativo nel quale essa attualmente si colloca, non può mancare di considerare, innanzitutto, l'apporto introdotto dalla recente normativa di c.d. "liberalizzazione delle farmacie" (art. 11, del d.l. 1/2012) e l'intento di coniugare, con essa, due importanti finalità: da un lato, la razionalizzazione della rete

distributiva dei farmaci, perseguita attraverso un'equa e diffusa distribuzione nel territorio delle farmacie e, in tal modo, una migliore accessibilità del servizio da parte dei cittadini e la riduzione da 5000 a 3300 del numero di abitanti richiesto per ogni sede farmaceutica va esattamente in questo senso, così come la previsione di strumenti straordinari in deroga al limite del criterio demografico, contemplati all'art. 11 d.l. 11/2012; dall'altro, la salvaguardia dei principi costituzionali e comunitari di libertà dell'iniziativa economica e di sviluppo della concorrenza, perseguita attraverso la rimozione delle restrizioni all'ingresso di nuovi operatori sul mercato e il contestuale contenimento del numero delle farmacie in misura proporzionata alle dimensioni demografiche dei Comuni, così che i nuovi esercizi possano contare, al pari di quelli esistenti, su un bacino di utenza potenziale in grado di assicurare condizioni di redditività (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 2990/2013; n. 3681/2014).

5.5. In un'ottica di equilibrato componimento di interessi – quale è quella inaugurata dal nuovo indirizzo legislativo - nel quale le prerogative degli esercenti farmaceutici devono integrarsi con le priorità del sistema sanitario e dei correlati servizi pubblici, si intravede la possibilità di una più bilanciata linea di lettura dell'art. 1, comma 2, L. n. 221/1968, intesa a scomporne il contenuto in due distinte sotto-ipotesi: a) la prima ipotesi è quella in cui, ricorrendo entrambi i presupposti previsti dalla norma (sede prevista in pianta organica e farmacia non ancora aperta), le Regioni sono vincolate (dall'uso dell'indicativo: "istituiscono") ad aprire dispensari, al fine di garantire l'effettiva copertura dell'intero territorio comunale: b) una seconda e più restrittiva ipotesi è quella in cui, al di fuori del caso predetto, le Regioni avrebbero la semplice facoltà di aprire dispensari (non essendovi una preclusione espressa in tal senso nel testo della norma) – a fronte di una effettiva e comprovata mancanza di assistenza farmaceutica in loco e di un'oggettiva difficoltà per gli abitanti di raggiungere la sede farmaceutica viciniore ubicata in altra località.

5.6. Nel primo caso il dispensario assumerebbe una funzione, “suppletiva” o “sucedanea”, di presidio temporaneo cui fare ricorso nelle more dell’apertura della farmacia prevista in pianta organica; nel secondo, una funzione “accessoria” o “ancillare” a quella del servizio farmaceutico ordinario.

5.7. Una soluzione che non precluda in senso assoluto la possibilità di aprire dispensari anche in zone presidiate da farmacie attive, appare giustificata dalla necessità di dotare il sistema della capacità di fronteggiare anche situazioni del tutto peculiari in cui, pur a fronte di una razionale programmazione del servizio sul territorio, permangono, a causa della sfavorevole configurazione dei luoghi, aree scoperte o non adeguatamente servite del presidio di zona.

5.8. Per tale essenziale ragione deve escludersi – in sede interpretativa – una lettura dell’art. 1 che ne ricavi un rigido e meccanico automatismo tra apertura della sede farmaceutica nella zona e impossibilità di apertura, nella stessa zona, del dispensario. Così come, *a contrario*, va escluso analogo automatismo tra nuova istituzione di sede farmaceutica nella zona e soppressione del dispensario.

5.9. La questione va piuttosto risolta in considerazione della persistenza dell’interesse pubblico alla distribuzione del farmaco, in costanza della copertura del servizio mediante l’istituzione di una farmacia, esercizio certamente più “completo” rispetto al semplice presidio.

5.10. Certamente la concomitanza di dispensario e farmacia si pone come fattispecie atipica ed eccezionale rispetto ad un’ottimale articolazione del servizio, che dovrebbe realizzarsi pianificando le sedi farmaceutiche in modo tale che a ciascuna di esse venga assegnato un presidio in grado di soddisfare tutte le esigenze del territorio di pertinenza.

5.11. D’altra parte, occorre anche evitare un utilizzo abusivo del ricorso allo strumento del dispensario che miri alla creazione di multi-presidi farmaceutici, in rete tra di loro e riconducibili ad un unico farmacista imprenditore, tali da

determinare una ipercopertura delle aree commercialmente più redditizie e possibili interferenze fra bacini e flussi di utenza di sedi farmaceutiche confinanti o territorialmente prossime.

5.12. Dunque, l'interesse alla coesistenza di farmacia e dispensario, proprio perché atipico ed eccezionale nel sistema sin qui descritto, va valutato dall'Amministrazione, nell'esercizio del suo potere discrezionale, ma con un onere motivazionale aggravato dalla considerazione che la presenza di una farmacia attiva può non ostare all'istituzione del dispensario solo in casi del tutto marginali, caratterizzati da una residua particolare difficoltà di distribuzione del farmaco.

5.12. Esaminate sotto questa specifica prospettiva, le censure svolte dall'appellante non si prestano ad un positivo apprezzamento in quanto, lungi dal contestare la razionalità della scelta operata in concreto dal Comune, si soffermano unicamente su una lettura restrittiva dell'art. 1 L. 221/1968 che, per quanto esposto, non pare pienamente condivisibile; nonché su profili di generale contrasto tra le previsioni statali e regionali che, per quanto esposto, risultano altrettanto infondate.

Nel suo insieme, pertanto, il primo motivo di appello va respinto.

6. Con il secondo motivo, la Dott.ssa Figliolini reitera la censura concernente la presunta incoerenza, illogicità ed irrazionalità dell'operato del Comune, per avere questi, dapprima, consentito la collocazione della 2^a Sede in una zona (via Nazionale Appia) non agevolmente raggiungibile da parte degli abitanti in tal zona; e successivamente, per avere autorizzato l'apertura del dispensario farmaceutico, in Francolise capoluogo, al fine di sopperire alla scarsa copertura del servizio determinatasi per effetto del menzionato trasferimento.

Seguendo una linea d'azione più coerente, il Comune avrebbe dovuto richiedere espressamente l'apertura della farmacia in Francolise capoluogo e, dunque, opporsi alla decisione di trasferimento della seconda sede farmaceutica dai locali di Via Appia, così da evitare ab origine l'insorgere dell'esigenza di apertura del dispensario.

6.1. La censura non è accoglibile, in quanto presuppone una competenza del Comune su ambiti decisionali sottratti alla sua competenza. Al Comune non pertiene la decisione sulla istanza di trasferimento di sede (si veda l'art. 1 L. 475/1968).

Pacificamente, la competenza sul punto è attribuita alla Regione Campania, che di fatto ha accordato il trasferimento alla società San Francesco, con D.D. n. 200 del 13.07.15, non impugnato e oramai definitivo.

6.2. Sotto un secondo profilo, risulta estranea alle competenze e ai poteri istituzionali del Comune anche la possibilità di orientare "scelta" della ubicazione della sede farmaceutica, essendo la stessa rimessa all'iniziativa del titolare della farmacia, che può esercitarla nell'ambito della zona di relativa pertinenza.

6.3. Sul tema questa Sezione, in precedenti pronunce, ha già chiarito che:

- lo scopo della perimetrazione della zona è quello di delimitare la libertà di scelta del farmacista, nel senso che questi è, in linea di massima e salvo eccezioni, libero di scegliere l'ubicazione del proprio esercizio, purché rimanga all'interno di quel perimetro;

- a fronte di tale libertà di scelta, i titolari delle zone contigue non hanno tutela, ferma la distanza minima obbligatoria di duecento metri tra esercizi concorrenti (cfr. Cons. Stato, III, n. 5357/2013 e n. 3681/2014);

- laddove sussistano le condizioni previste dalla normativa vigente in particolare per quanto riguarda l'idoneità dei locali ed il limite delle distanze, il procedimento di autorizzazione al trasferimento è orientato in un senso sostanzialmente vincolato (Cons. Stato, sez. III, n. 24/2015);

- l'eventuale diniego dell'autorizzazione può essere motivato dalla scarsa funzionalità della ubicazione prescelta - ad esempio perché eccentrica e marginale rispetto alla zona di competenza, e quindi non rispondente alle esigenze della relativa popolazione (Cons. Stato, sez. III, n. 6810/2011, n. 1858/2013 e n. 4588/2012) –

ma tale scelta è rimessa alla competenza dell'autorità competente, quale non è, nel caso di specie, l'ente comunale.

6.4. Per quanto esposto, il Comune di Francolise non aveva alcun potere per orientare diversamente la localizzazione, all'interno della 2^a sede, della farmacia gestita dalla società San Francesco, il che destituisce di fondamento le censure articolate sul punto dalla parte appellante.

6.5. Quest'ultima lamenta inoltre il fatto che l'apertura del dispensario sia stata autorizzata con delibera di giunta comunale n. 80 del 9.6.2015, assunta prima che il trasferimento della sede farmaceutica fosse autorizzato con decreto regionale n. 200 del 13.7.2015.

6.6. In proposito occorre tuttavia considerare che la richiesta di trasferimento della sede è stata avanzata in data 23.4.2015 e che la delibera di giunta n. 80/2015 è stata adottata sulla base della volontà in tal senso manifestata dalla società San Francesco. Dunque, sussisterebbe una valida ragione di censura se il presupposto di fatto posto a base della delibera non si fosse poi realizzato. Non rappresentandosi questa evenienza, il rilievo appare inconferente.

6.7. Anche il dedotto vizio di eccesso di potere, per contraddittorietà nell'operato del Comune, non appare fondato. L'appellante fa riferimento al fatto che in passato il Comune di Francolise si era opposto al trasferimento della seconda farmacia in zona periferica del territorio comunale, interponendo ricorso avverso la richiesta di trasferimento in tal senso avanzata dalla dott.ssa Napolitano Antonietta (dante causa dell'odierna parte appellata).

Si omette tuttavia di considerare che il trasferimento richiesto era destinato a realizzarsi al di fuori della seconda sede farmaceutica, di pertinenza della richiedente, in quanto i locali di destinazione erano collocati nell'ambito territoriale afferente la prima sede farmaceutica (in titolarità della dott.ssa Figliolini). Proprio sulla base di tale prospettazione - poi riconosciuta fondata dal Tar, con sentenza n. 3073/2013 –

il Comune aveva contrastato il suddetto trasferimento. Si tratta, quindi, di vicenda del tutto differente da quella qui in esame, nella quale il trasferimento autorizzato dalla Regione non ha travalicato l'ambito territoriale originariamente assegnato al richiedente.

7. Con un terzo motivo, la Dott.ssa Figliolini contesta la sentenza impugnata nella parte in cui ha rigettato la censura concernente l'affidamento della gestione del dispensario alla farmacia San Francesco in assenza di una procedura comparativa. In particolare, l'appellante sostiene che, anche se la normativa prevede l'affidamento del dispensario al titolare di una farmacia privata o pubblica della zona con preferenza per il titolare della farmacia più vicina, *"non è escluso che l'Amministrazione, nella prospettiva di una migliore realizzazione dell'interesse pubblico, possa valutare proposte più convenienti che siano formulate all'interno della procedura da altri titolari di farmacie della zona di riferimento"*.

7.1. La sentenza appellata è condivisibile nella parte in cui ha escluso l'applicazione del metodo concorsuale, sulla base del già segnalato carattere accessorio del dispensario rispetto alla farmacia esistente, la cui assegnazione, al contrario, avviene sulla base del procedimento speciale, a carattere concorsuale, di cui all'art. 4 della l. 362/1991.

7.2. I principi di imparzialità e non discriminazione, pertanto, risultano rispettati a monte, posto che il dispensario, come già esposto, costituisce un servizio aggiuntivo, estensivo dell'attività di altra farmacia posta in prossimità, e quindi non assimilabile all'ordinario servizio farmaceutico, in quanto privo di circoscrizione e di autonomia tecnico-funzionale (Cons. Stato, sez. IV, n. 1554/2003 e sez. III n. 521/2015).

7.3. Infine, anche a voler ammettere una possibilità di deroga al metodo dell'assegnazione preferenziale del dispensario al titolare della farmacia più vicina - deve ritenersi che ciò possa avvenire ma solo per motivate ragioni inerenti alla migliore organizzazione del servizio (Cons. Stato, sez. III, n. 4172/2012; n.

5876/2014). Esigenze di questo tipo, nel caso di specie, non sono state dedotte, né paiono in altro modo ravvisabili.

8. L'appellante contesta, infine, la competenza della Giunta in materia, ritenendo che tale deliberazione rientri nelle attribuzioni del Consiglio Comunale, poiché si tratterebbe nel caso di specie di *"un potere di tipo programmatico, con riflessi sulla pianificazione e organizzazione del servizio farmaceutico"*.

Il motivo è infondato, in quanto confligge con l'orientamento ormai consolidato di questa sezione, secondo il quale la competenza alla pianificazione del servizio farmaceutico sul territorio spetta alla Giunta e non al Consiglio comunale (cfr. ex multis Cons. Stato, sez. III, n. 1305/2017; 1250/2017; 2827/2016; 1828/2014; 4257/2013; 5952/2012).

9. Per tutto quanto esposto, l'appello deve essere integralmente respinto.

10. Stante la peculiarità e la novità delle questioni trattate - in assenza di precedenti giurisprudenziali specifici - si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

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

Spese di lite compensate.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO