**N. 00954/2013 REG.PROV.COLL.**

**N. 01207/2012 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1207 del 2012, proposto da:  Farmacia S. Antonio S.n.c., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Bontempi e Francesco Trebeschi, con domicilio eletto in Brescia, presso lo studio di quest’ultimo, via Battaglie, 50;

*contro*

Comune di Brescia, rappresentato e difeso dagli avv.ti Andrea Orlandi e Francesca Moniga, con domicilio eletto in Brescia presso quest’ultima, C.To S. Agata,11/B;

*nei confronti di*

Asl 302 - A.S.L. della Provincia di Brescia, rappresentata e difesa dall'avv. Silvana Grassi, con domicilio eletto in Brescia presso quest’ultima, c/o Asl Brescia, via D. degli Abruzzi, 15;  Regione Lombardia, non costituita in giudizio; Farmacie Comunali di Brescia S.p.a., non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

- della deliberazione del Consiglio Comunale di Brescia n. 125 del 25 giugno 2012, di identificazione delle nuove sedi farmaceutiche;

- di tutti gli atti preordinati, conseguenti e comunque connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Brescia e della Asl 302 - A.S.L. della Provincia di Brescia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2013 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nel ricorso in esame la ricorrente, titolare della sede farmaceutica n. 30 del Comune di Brescia, si duole dell’illegittimità della deliberazione del Consiglio Comunale di Brescia n. 125 del 25 giugno 2012 con cui sono state istituite (su conforme indicazione della Regione, previa proposta del Comune stesso) cinque nuove sedi farmaceutiche ai sensi della legge n. 27/2012, in adeguamento al parametro dalla stessa previsto, che ha stabilito l’esistenza di una farmacia ogni 3300 abitanti.

Con tale provvedimento, previa fissazione di appositi criteri - solo in parte coincidenti con quelli previsti dalla legge –, si è pervenuti, in particolare, all’individuazione della sede n. 803, denominata “Farfengo”, che inciderebbe pesantemente sul bacino di utenza della Farmacia S. Antonio.

Tale scelta sarebbe, dunque, inficiata dalla presenza dei seguenti vizi di legittimità:

1. violazione degli artt. 1 bis e 2 della legge 475/1968 ed eccesso di potere per motivazione contraddittoria. La legge impone che la discrezionalità riconosciuta all’Amministrazione nell’individuazione di nuove sedi sia comunque contenuta nei limiti del rispetto di due criteri: l’equa distribuzione sul territorio e l’accessibilità al servizio ai cittadini residenti in aree scarsamente abitate. Nella propria scelta della localizzazione delle nuove sedi farmaceutiche, il Comune, attraverso la delibera comunale impugnata, avrebbe individuato addirittura sei criteri cui attenersi (densità abitativa con particolare attenzione alle aree in cui più sedi farmaceutiche confinanti risultano sovranumerarie, sussistenza di richieste da parte delle circoscrizioni, presenza di popolazione prevalentemente anziana, presenza di aree di recente insediamento, presenza di flussi attrattori determinati dalla presenza o vicinanza alla future stazioni metro bus, di arterie viarie di grande scorrimento, di poli attrattori come centri commerciali della grande distribuzione e l’equa distribuzione sul territorio), pretermettendo completamente quello individuato dalla legge della “accessibilità al servizio ai cittadini residenti in aree scarsamente abitate”;

2. violazione degli artt. 3 e 21 *septies* della legge n. 241/90. Nella deliberazione impugnata il Comune si sarebbe limitato a elencare i sei criteri da prendere in considerazione senza, però, dare in alcun modo conto di come gli stessi siano stati concretamente applicati. Secondo la ricorrente, infatti, ben dieci sedi continuerebbero ad avere, anche dopo le nuove istituzioni, un bacino di riferimento con popolazione superiore a 4000 residenti e nella delibera ci si limiterebbe a rinviare genericamente a “pareri espressi dalle Commissioni circoscrizionali”, senza alcuno specifico riferimento a esigenze manifestate dagli abitanti. Né è individuabile alcun percorso logico rispetto all’applicazione degli altri criteri;

3. violazione dell’art. 1 della legge 475/1968 e dell’art. 1 della legge n. 241/90, per sviamento, contraddittorietà, perplessità, illogicità e disparità di trattamento, in quanto, a prescindere dall’effettiva collocazione della nuova farmacia, la delimitazione della zona in cui essa dovrà avvenire evidenzierebbe già come essa andrebbe ad incidere pesantemente sul bacino di riferimento della farmacia ricorrente, lasciando inalterato il bacino delle dirette concorrenti esistenti in loco. Il tutto in una condizione palese di conflitto d’interesse, dal momento che l’Amministrazione comunale, tramite la partecipata FarCom esercita attività farmaceutica in tre farmacie limitrofe a quella di parte ricorrente;

4. violazione degli artt. 11, comma 1 e 3 del D.L. 1/2012 e degli artt. 3, 41 e 97 Cost.. La normativa applicata sarebbe incostituzionale perché consentirebbe al Comune, soggetto quantomeno “prossimo” al gestore delle farmacie comunali, ma certo non terzo rispetto ad esso, di disporre del potere di identificare le nuove sedi farmaceutiche, così da favorire quelle partecipate dal Comune stesso, ancorché indirettamente;

5. incompetenza e violazione dell’art. 2 della legge 475/1968 e degli artt. 42 e 48 del d. lgs. 267/2000, in quanto il provvedimento impugnato è stato adottato dal Consiglio comunale e non anche dalla Giunta;

Si è costituita in giudizio l’Asl di Brescia, sostenendo l’infondatezza del ricorso, atteso che il provvedimento impugnato sarebbe sorretto da una motivazione plurima, rispondente allo scopo della legge (rendere il servizio farmaceutico maggiormente accessibile) e che i presupposti di fatto sarebbero stati acquisiti in sede istruttoria e avrebbero costituito oggetto di valutazione. Ne risulterebbe una scelta discrezionale immune dal vizio dell’irrazionalità e, quindi, non censurabile in sede di controllo di legittimità.

Si è costituito in giudizio anche il Comune, il quale ha successivamente dispiegato le proprie difese, sostenendo la competenza del Consiglio comunale all’adozione del provvedimento censurato, di natura pianificatoria dopo la novella normativa di cui al D.L. 1/2012 e la perfetta coerenza dello stesso rispetto alla legge. Quest’ultima si limita a precisare che la localizzazione dovrà essere ancorata ai generici canoni della “maggiore accessibilità al servizio farmaceutico” e dell’”equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell’esigenza di garantire l’accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate”. Il Comune ha individuato i criteri di riferimento con maggiore dettaglio, ma sempre nel rispetto dell’obiettivo primario individuato mediante i due parametri di legge. In ogni caso la deliberazione impugnata sarebbe dotata di tutti gli elementi essenziali, tra cui anche un’adeguata motivazione, rispetto alla valutazione della quale non può essere dimenticato che trattasi di un atto amministrativo generale. La particolare lesività lamentata con la terza doglianza, inoltre, deriverebbe solo dalla eventuale collocazione della farmacia in una particolare posizione e, quindi, si risolverebbe in una congettura meramente ipotetica, mentre la disparità di trattamento di cui alla quarta censura sarebbe infondata dal momento che il provvedimento stessa dà atto che, in funzione di un prossimo intervento di decentramento, ancora 7 farmacie risultano avere una popolazione di riferimento superiore a 5000 persone. In ogni caso, il rapporto tra farmacie comunali e private si risolverebbe a favore di queste ultime, anche in ragione del divieto posto al Comune di esercitare prelazione sulle sedi di nuova istituzione.

In vista della pubblica udienza, con due successive memorie, parte ricorrente, nel ribadire le tesi già rappresentate, ha confutato i dati presentati dal Comune, sostenendo che dei 16985 abitanti teorici sottratti alle farmacie esistenti in conseguenza dell’istituzione delle nuove, solo 7767 (e non anche 9100) sarebbero sottratti al bacino di utenza di FarCom, mentre 9304 (e non 8500) a quello delle altre farmacie. Tali dati sarebbero stati estrapolati dalle argomentazioni di un consigliere di minoranza desumibili dal verbale della discussione in consiglio comunale, per cui o è errato il calcolo o i dati sarebbero stati modificati successivamente a favore del Comune. Peraltro, ha evidenziato la ricorrente, non si potrebbe prescindere dal considerare il dato di partenza, rappresentato dal fatto che sulle sole 12 farmacie di FarCom gravitavano, prima dell’individuazione delle nuove sedi in contestazione, 63.409 abitanti, mentre le altre 42 si ripartivano i restanti 133.684 abitanti.: rapporto, questo, che non sarebbe, in concreto, riequilibrato dalla nuova situazione, anche in considerazione del fatto che delle sette sedi risultanti servire una popolazione superiore a 5000 persone, ben cinque fanno capo a Far.Com.

Nella propria replica il Comune, ha ribadito la corretta applicazione dei parametri di legge, la ragionevolezza delle perimetrazione della zona relativa alla sede della nuova farmacia Farfengo, la cui censura sarebbe sorretta solo da un interesse di mero fatto al mantenimento del pregresso assetto della distribuzione farmaceutica.

Ha, altresì, eccepito l’inammissibilità dell’ampliamento del tema del contendere, mediante l’introduzione della prospettazione dell’illegittimità costituzionale della norma che attribuisce il potere di localizzazione al Comune, che ha anche la veste di gestore. Prospettazione, peraltro, respinta dal Consiglio di Stato nella sentenza 19 settembre 2013, n. 4667 e già dalla sentenza del TAR Lazio, sez. II, 8 luglio 2013, n. 6697, nella quale si legge che “con riferimento al possibile conflitto di interessi in cui” (i Comuni, n.d.r.) “verserebbero nella loro veste di gestori di farmacie, potenzialmente idoneo ad influenzare l’individuazione delle zone dove collocare i nuovi esercizi, non può non osservarsi che trattasi di profilo che piuttosto che incidere sul livello di allocazione delle competenze nella sua conformità alla Costituzione, si risolve piuttosto in un profilo inerente il corretto esercizio del potere di localizzazione e quindi alla fase di attuazione della disciplinare, da sottoporre al vaglio di legittimità amministrativa”.

Alla pubblica udienza del 23 ottobre 2013 la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Deve essere preliminarmente esaminata, per ragioni di ordine logico, la censura attinente alla competenza dell’organo che ha adottato il provvedimento censurato.

A tale proposito è pur vero che questo Tribunale ha già avuto modo di precisare, nella sentenza n. 437 dell’8 maggio 2013, che: “La normativa statale contempla disposizioni che delineano un perimetro dai contorni ben definiti (localizzazione di una farmacia ogni 3.300 abitanti, con possibilità di apertura ove la popolazione ecceda il parametro del 50%, con il vincolo di una distanza minima dalle sedi esistenti), per cui le scelte che l'Ente locale è chiamato a compiere sono ascrivibili ad una programmazione di secondo livello o di dettaglio (cfr. ordinanza cautelare 398/2012). Nel solco di tale ragionamento una recente pronuncia (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. I - 14/3/2013 n. 1489) ha statuito che "... la novella legislativa ... ha obiettivamente semplificato le procedure di scelta in materia ancorandole ad uno stretto criterio demografico, indirettamente così attribuendogli natura gestionale e privandolo di quei caratteri di natura programmatica e previsionale che, in astratto, avrebbero indotto a ravvisare una competenza del Consiglio in materia: induce a deporre in tal senso anche la constatazione che l'art.2 comma 2 della L. n. 475 del 1968 che prevedeva la competenza del Consiglio Comunale in questa materia, risulta oggi soppresso" (nello stesso senso si è espresso, sia pur sinteticamente, T.A.R. Campania Salerno, sez. II - 31/7/2012 n. 1567)”.

Successivamente, con sentenza 1858 del 3 aprile 2013, il Consiglio di Stato ha semplicemente ribadito l’onere, in capo al Comune, di adottare un atto pianificatorio della distribuzione delle farmacie sul territorio, anche dopo l’entrata in vigore della novella normativa del 2012, senza, però, entrare nel merito di quale sia l’organo competente alla sua adozione.

Ciò premesso, il Collegio ritiene che, se la complessa ricostruzione sistematica operata dalla giurisprudenza appare necessaria per legittimare l’esercizio dell’attività - di natura comunque pianificatoria - da parte della Giunta, nessuno sforzo sia richiesto per qualificare come conforme alla norma anche l’approvazione del piano di distribuzione del farmaco da parte dell’organo rappresentativo della collettività, generalmente preposto, per ciò stesso, all’attività programmatoria e pianificatoria. Facendo riferimento all’antico broccardo “*vitiatur sed non vitiat”,* si ritiene, dunque,che, nonostante il basso coefficiente di discrezionalità che caratterizza la localizzazione di nuove farmacie (il che giustifica, nel silenzio della legge, una competenza giuntale), l’esercizio di tale potere da parte del Consiglio comunale non infici la legittimità del provvedimento stesso, ma, anzi, costituisca la garanzia di una, ancora più ampia e piena, valutazione degli interessi in gioco, in quanto la volontà dell’ente si forma in seno all’organo di diretta rappresentanza popolare.

Tutto ciò in linea con il principio secondo cui, nel dubbio, prevale la competenza dell'organo sovraordinato fornito di competenza generale, *id est* il Consiglio comunale (in tal senso Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 1 luglio 2010, n. 1419).

Ne deriva il rigetto della censura di incompetenza dell’organo che ha adottato il provvedimento impugnato, benché non coincidente con quello individuato come preposto all’esercizio del potere dalla giurisprudenza maggioritaria, anche di questo Tribunale.

Il ricorso, peraltro, appare infondato anche quanto alle residue doglianze, rispondendo la censurata localizzazione al principio di razionalità e logicità.

Invero, se le affermazioni di parte ricorrente confermano una preesistente situazione sbilanciata a favore delle sedi a partecipazione comunale (con bacini di riferimento in molti casi ben superiori a 5000 abitanti e, comunque, a quelli delle farmacie private), la delibera impugnata sembra lasciare intuire che le scelte localizzative operate dal Comune - favorendo il decentramento e riducendo gli ambiti di riferimento proprio di cinque di quelle farmacie comunali che vantano più di cinquemila residenti di riferimento -, tendono anche a riequilibrare la situazione che la ricorrente stessa ha denunciato come sperequata.

Prima di passare all’esame delle singole doglianze, però, deve essere preliminarmente disattesa la proposta (da parte ricorrente) questione di legittimità costituzionale. Come già affermato da questo Tribunale nella sentenza TAR Brescia, n. 695 del 2013 (da cui non si ravvisa ragione di discostarsi), “un maggiore affollamento di farmacie incide certamente su equilibri economici, specie nel caso dei soggetti meno organizzati. Questa circostanza legittima le farmacie già insediate a opporsi ai provvedimenti di localizzazione di nuove sedi. Alle farmacie già insediate non possono tuttavia essere garantite misure protezionistiche, in quanto anche questa tipologia di operatori economici deve in primo luogo difendersi attraverso gli strumenti del mercato, e specialmente con la riqualificazione dell'offerta di prodotti e servizi per attrarre nuova clientela sottraendola ai concorrenti o per aumentare il volume delle prestazioni erogate. La localizzazione delle nuove farmacie è quindi legittima anche quando comporti una riduzione del fatturato delle farmacie esistenti, e può essere censurata solo quando tradisca la finalità proconcorrenziale della normativa concentrando gli svantaggi su alcuni operatori senza un'effettiva utilità pubblica”.

In ogni caso “la c.d. "liberalizzazione" delle farmacie attuata con la normativa in parola, nel mantenere una proporzione tra il loro numero e l'entità della popolazione e nel prescrivere che esse siano idoneamente ubicate, mira non solo all'adeguamento ai principi anzidetti anche di estrazione comunitaria, bensì essenzialmente a coniugare le esigenze dell'utenza di miglioramento nella fruizione del servizio farmaceutico e, in ultima analisi, le esigenze generali ad una più ampia copertura del territorio per finalità di tutela della salute dei cittadini, con quelle, commerciali, dell'esercente ad un bacino d'utenza ritenuto adeguato in relazione a quei principi” (Cons. stato 2990/2013 cit.)”. La medesima sentenza chiarisce, altresì, come, anche con riferimento al rapporto tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione del servizio farmaceutico esercitate dal Comune stesso, non vi sia spazio per una questione di legittimità costituzionale, a causa della carenza di rilevanza della stessa, in ragione della norma che esclude il diritto di prelazione in capo al Comune.

Esclusa l’astratta lesione di principi costituzionali da parte della normativa in questione, anche la sua concreta applicazione nel caso di specie appare conforme ai medesimi e alle disposizioni di legge.

Contrariamente a quanto asserito da parte ricorrente (prima e seconda doglianza), la deliberazione impugnata appare supportata da un’adeguata motivazione, rappresentata dalla puntuale indicazione dei sei criteri elaborati dal Comune per dare concreta applicazione ai canoni generali dettati dalla legge.

Tenuto conto che, trattandosi di un atto comunque pianificatorio, sull’Amministrazione incombeva un onere motivazionale meno puntuale, l’enucleazione dei singoli profili considerati ai fini dell’individuazione delle nuove sedi farmaceutiche garantisce, dunque, il rispetto dell’obbligo di legge, dovendosi ritenere che essa sia stata la risposta del Comune alla necessità di dare concretezza sia al parametro dell’equa distribuzione, che di quella “accessibilità al servizio ai cittadini residenti in aree scarsamente abitate” che parte ricorrente vorrebbe, invece, pretermessa. Risposta sollecitata dalla popolazione, come evidenziato non semplicemente da generici riferimenti a non meglio precisate richieste (così il ricorso), ma dalla Circoscrizioni “Ovest” (già circoscrizione Terza), che ha evidenziato sin dal 2006 la necessità di una nuova farmacia a servizio dei quartieri di San Giacomo e Sant’Anna (cfr documenti 9 e 13 depositati dal Comune il 26 luglio 2013).

Non può trovare positivo apprezzamento nemmeno la terza censura, attinente, in realtà, al merito insindacabile delle scelte discrezionali dell'autorità competente, risolvendosi, in buona sostanza, in prospettazioni di parte meramente soggettive.

In particolare, la contraddittorietà e la disparità di trattamento dedotte da parte ricorrente debbono essere escluse, considerando che la farmacia ricorrente ha un bacino di utenza di 5321 residenti ed ha subito una riduzione dello stesso sostanzialmente pari a quella della vicina farmacia comunale. Anzi, la confinante farmacia Comunale Badia (con 5979 residenti) ha visto ridotto il proprio bacino d’utenza di 1797 abitanti e, quindi, in misura superiore alla ricorrente (riduzione prevista di 1641 abitanti). Peraltro, la somma degli abitanti sottratti a quest’ultima e alla farmacia Badia dà un totale di 3438 residenti che ben giustifica l’apertura di una nuova farmacia e la forte penalizzazione indicata nel ricorso è da ritenersi meramente ipotetica, in quanto connessa alla eventuale collocazione della nuova farmacia nella posizione più penalizzante in assoluto.

Appare condivisibile, pertanto, la conclusione dell’ASL, secondo la quale, il Comune avrebbe operato un intervento equilibrato, considerando che, su dieci farmacie “penalizzate” dall’individuazione delle cinque nuove sedi, quattro sono comunali.

Così respinto il ricorso sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio, attesa la particolarità della scelta di demandare l’adozione del provvedimento al Consiglio comunale e la natura squisitamente discrezionale del potere esercitato, le cui ampie maglie hanno lasciato spazio alla proposizione delle censure esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dispone la compensazione delle spese del giudizio.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

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

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/11/2013

IL SEGRETARIO

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