**N. 02800/2014REG.PROV.COLL.**

**N. 05817/2013 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 5817 del 2013, proposto da:
Farmacia Selvaggi Dott. Angelo, rappresentato e difeso dall'avv. Natalia Pinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

***contro***

Regione Puglia, rappresentato e difeso dagli avv. Sabina Ornella Di Lecce, Maria Grimaldi, con domicilio eletto presso Delegazione Regione Puglia in Roma, via Barberini, 36;
Asl Azienda Sanitaria Locale Taranto, Ordine dei Farmacisti della Provincia di Taranto, Comune di Pulsano, Farmacia Perrone Dott.Augusto, Servizio Programmazione Assistenza Territoriale e Prevenzione della Regione Puglia;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n. 00625/2013, resa tra le parti, concernente individuazione zone in cui ubicare nuove sedi farmaceutiche

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Puglia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2014 il Pres. Pier Giorgio Lignani e uditi per le parti gli avvocati Corrente su delega di Pinto e Shiroka su delega di Di Lecce e di Grimaldi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il presente contenzioso concerne gli atti di adeguamento del servizio farmaceutico in Comune di Pulsano (Taranto) alle nuove disposizioni introdotte dal decreto legge n. 1/2012, convertito in legge n. 27/2012.

Com’è noto, l’art. 11 del decreto legge ha modificato il rapporto numerico tra popolazione e sedi farmaceutiche, in modo da consentire un relativo incremento di queste ultime: inoltre ha affidato ai Comuni il compito di assegnare alle farmacie di nuova istituzione la zona di relativa competenza, ed alle Regioni di provvedere immediatamente alle procedure per l’assegnazione e l’apertura dei nuovi esercizi farmaceutici.

Al fine di garantire l’effettività e l’immediatezza dell’apertura delle nuove farmacie, l’art. 11 dispone fra l’altro (al comma 9) che se il Comune non ha definito entro il 22 aprile 2012 il procedimento di sua competenza, subentra la competenza sostitutiva della Regione.

2. Nel caso in esame, il Comune di Pulsano ha accertato che grazie ai nuovi parametri era possibile istituire una nuova farmacia (la terza). Quindi, il 30 marzo 2012, ha formulato la proposta (o progetto) dell’individuazione della zona da assegnare alla nuova farmacia. La proposta è stata trasmessa all’A.S.L. ed all’Ordine dei Farmacisti per l’acquisizione dei rispettivi pareri (obbligatori per legge) ed alla Regione per conoscenza.

Il Comune ha poi approvato definitivamente la nuova pianta delle farmacie con delibera del 29 maggio 2012, n. 85.

Tuttavia la Regione, rilevando che il Comune aveva definito il procedimento di sua competenza oltre la data fissata dal legislatore, ha ritenuto di avere il potere-dovere di provvedere in via sostitutiva e ciò ha fatto con la delibera di Giunta regionale n. 1261 del 19 giugno 2012. La delibera regionale conferma l’istituzione della terza farmacia in Comune di Pulsano, ma le assegna un’ubicazione diversa da quella prevista dall’amministrazione comunale.

3. La delibera n. 1261 della Regione è stata impugnata davanti al T.A.R. Puglia dall’attuale appellante, farmacista titolare di una delle due sedi preesistenti nel Comune di Pulsano.

Il ricorrente non contesta la legittimità dell’istituzione della nuova farmacia, ma si oppone alle determinazioni assunte dalla Regione riguardo alla sua ubicazione, siccome lesive del proprio interesse di esercente. In sostanza, il ricorrente – inevitabilmente inciso nei suoi interessi dall’ingresso nel mercato di un nuovo concorrente – mostra di ritenere preferibile la diversa soluzione che aveva adottato il Comune. Quanto alla legittimità, il ricorrente sostiene che la Regione non aveva motivo né titolo per intervenire sovrapponendo le proprie determinazioni a quelle già formalmente perfezionate da parte del Comune.

Oltre a questo motivo di ricorso, il ricorrente formula varie altre critiche alla soluzione adottata dalla Regione.

4. Il T.A.R. Puglia, con sentenza n. 625/2013, ha respinto il ricorso, osservando che la deliberazione conclusiva del Comune era intervenuta dopo la scadenza prefissata dall’art. 11, comma 9, del d.l. n. 1/2012 e che pertanto la Regione aveva esercitato correttamente il potere sostitutivo.

5. Il ricorrente propone ora appello a questo Consiglio, contestando argomentatamente la decisione del T.A.R. e deducendo che esso, comunque, ha immotivatamente ignorato le ulteriori censure dedotte contro la delibera regionale.

La Regione resiste all’appello.

L’impugnazione è stata notificata anche al Comune, all’A.S.L., all’Ordine dei Farmacisti ed al titolare dell’altra farmacia preesistente in Pulsano; nessuno di costoro si è costituito.

6. In occasione della trattazione della domanda cautelare (proposta dall’appellante alquanto tempo dopo l’appello) il Collegio ravvisa le condizioni per la definizione immediata della controversia, con sentenza.

7. Conviene premettere alcune considerazioni di principio in ordine ai limiti della tutela giuridica dei farmacisti titolari di farmacia nei confronti delle variazioni della pianta organica.

In linea di massima, si ritiene che un farmacista titolare sia legittimato ad impugnare l’istituzione di nuove farmacie nel suo Comune, beninteso per motivi di stretta legittimità. In questo caso sull’istituzione di una terza farmacia in Comune di Pulsano non vi sono contestazioni.

Inoltre, si ritiene che il farmacista titolare sia legittimato ad impugnare l’individuazione della zona assegnata ad una nuova farmacia, se questa viene a ridurre o comunque a modificare il suo bacino di utenza. Anche in questo caso, il ricorso è ammissibile solo per motivi di legittimità, in considerazione della natura ampiamente discrezionale del provvedimento. Fra i possibili motivi di legittimità, si considerano in genere risolutivi (se fondati) quelli relativi alla procedura e alla competenza.

8. Ciò premesso, si osserva che nel caso in esame non si può negare all’attuale appellante la legittimazione e l’interesse a ricorrere. Invero si deve considerare che si discute dell’ubicazione della terza farmacia in un contesto originariamente caratterizzato dalla presenza di sole due farmacie; pertanto è intuitivo che le scelte discrezionali esercitate a questo riguardo non siano indifferenti per i titolari già in esercizio.

In concreto, l’attuale appellante, come già detto, mostra apertamente di preferire la soluzione che aveva adottato il Comune e che la Regione ha disatteso, sovrapponendole una propria scelta diversa.

E poiché il primo e principale motivo di ricorso consiste proprio nel negare che la Regione avesse titolo ad intervenire nel procedimento, e si risolve dunque in questioni di procedura e di competenza, il ricorso stesso appare pienamente ammissibile.

9. Nel merito, i termini della questione sono i seguenti.

9.1.In punto di fatto, è certo che il Comune ha concluso il procedimento con la delibera n. 85 del 29 maggio 2012, ossia quando era già scaduto il termine di cui all’art. 11, comma 9 del decreto legge. A quel punto, dunque, era sorta la competenza sostitutiva della Regione. Ma è altrettanto certo che la competenza sostitutiva non era stata ancora esercitata nel momento in cui il Comune, con la delibera n. 85, ha definito il procedimento; la competenza sostitutiva è stata esercitata dalla Regione solo alquanto tempo dopo, cioè il 19 giugno 2012.

9.2. In punto di diritto, si pone dunque il problema se l’insorgere della competenza sostitutiva della Regione abbia comportato – istantaneamente e prima ancora che fosse esercitata – l’estinzione del potere del Comune; o se, al contrario, tale estinzione si sarebbe verificata solo al momento dell’esercizio della competenza sostitutiva e per effetto di questa, sempreché a quel momento perdurasse ancora l’inadempienza del Comune.

10. Il T.A.R. ha fatto propria la prima soluzione, peraltro senza argomentarla in alcun modo e dando per scontato che il termine di cui all’art. 11, comma 9, comporti l’estinzione del potere e di conseguenza ha ritenuto legittimo l’esercizio della competenza sostitutiva da parte della Regione.

Questo Collegio, al contrario, ritiene che l’insorgere della competenza sostitutiva non comporti di per sé la spoliazione della competenza del Comune.

Ciò appare evidente ove si consideri che il legislatore ha voluto garantire la rapida definizione dei procedimenti preliminari, in modo da giungere nel più breve tempo possibile all’indizione del concorso ed all’assegnazione delle nuove sedi farmaceutiche.

In questa luce, la competenza sostitutiva della Regione non è una *sanzione* bensì un *rimedio* per l’eventualità che il Comune resti inadempiente.

La scadenza del termine produce un effetto certo e immediato, nel senso a partire da quel momento la Regione è investita della competenza sostitutiva, che può e deve esercitare senza attendere ulteriormente.

Ma se il Comune giunge a definire il procedimento quando il termine è decorso, ma la Regione non ha ancora esercitato la competenza sostitutiva, l’interesse alla celerità è soddisfatto e l’obiettivo perseguito dal legislatore è raggiunto. Negare la validità, o l’utilità, dell’atto compiuto dal Comune si risolverebbe nella necessità di una nuova attesa, in contrasto con l’interesse perseguito dal legislatore.

11. Di conseguenza, l’appello va accolto e in riforma della sentenza di primo grado va accolto il ricorso introduttivo, con l’annullamento *in parte qua* della delibera regionale del 19 giugno 2012 e con l’affermazione che la fattispecie (individuazione della zona di competenza della terza sede farmaceutica) è regolata dalla delibera comunale del 29 maggio 2012.

Le ulteriori censure dedotte nei confronti dell’atto della Regione risultano così assorbite o meglio improcedibili per difetto d’interesse.

12. Resta da vedere se questo esito comporti riflessi ulteriori sulla legittimità del concorso per l’assegnazione della sede farmaceutica.

Per questa parte, il Collegio ritiene di poter confermare quanto deciso dal T.A.R., nel senso che la controversia sulla configurazione della zona assegnata alla nuova farmacia non impedisce lo svolgimento del concorso per l’attribuzione della relativa titolarità e non interferisce con esso – se non nel limitato (e ovvio) senso che l’esito del giudizio avrà effetto anche nei confronti del vincitore del concorso.

13. In conclusione, l’appello va accolto nei sensi e nei limiti sopra precisati. La relativa novità delle questioni giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l’appello nei sensi di cui in motivazione. Compensa fra le parti le spese dell’intero giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **IL PRESIDENTE, ESTENSORE** |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/05/2014

IL SEGRETARIO

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