**N. 02184/2015 REG.PROV.COLL.**

**N. 02619/2012 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2619 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da Giuliano Pastorino, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Cavallaro e Claudio Duchi, con domicilio eletto presso il loro studio, in Milano, largo Augusto, 3;

*contro*

il Comune di Senago, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Bassano Baroni ed Alberto Vittorio Fedeli, con domicilio eletto presso il loro studio, in Milano, Via Pattari, 6;

*nei confronti di*

Regione Lombardia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Pio Dario Vivone e Catia Gatto, con domicilio eletto presso l’Avvocatura regionale, in Milano, piazza Città di Lombardia, 1;  ASL Milano 1, Azienda Speciale Farmacie di Senago, Giuseppina Amato, tutti n.c.;

*per l'annullamento,*

*previa misura cautelare,*

quanto al ricorso introduttivo:

- della deliberazione della Giunta Comunale di Senago n. 22 del 5 luglio 2012 avente ad oggetto la istituzione di una nuova sede farmaceutica in base ai parametri demografici stabiliti dalla legge n. 27/2012;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- del decreto dirigenziale n. 9986 dell’8 novembre 2012 con il quale l’Amministrazione regionale ha approvato il bando di concorso straordinario per l’assegnazione di 343 sedi farmaceutiche, limitatamente alla sede n. 6 del Comune di Senago di nuova istituzione

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Senago e della Regione Lombardia;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2015 il dott. Diego Spampinato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente, premettendo di essere titolare di una delle sedi farmaceutiche (segnatamente, la n. 4) localizzate nel territorio del Comune resistente, impugna gli atti in epigrafe, affidando il ricorso introduttivo ai seguenti motivi.

1. Incompetenza. Competente in tema di localizzazione delle farmacie sarebbe il Consiglio comunale, e non la Giunta comunale.

2. Violazione dell’art. 11, comma 2, della legge 27/2012. Il Comune avrebbe adottato il provvedimento impugnato il 5 luglio 2012, oltre il termine di trenta giorni dal 25 marzo 2012, data di entrata in vigore della legge 27/2012.

3. Illegittimità costituzionale dell’art. 11 della legge 27/2012 per violazione dell’art. 117 Cost. Le norme applicative contenute nell’art. 11 citato violerebbero l’attribuzione della materia “tutela della salute”, di cui all’art. 117 Cost., all’ambito legislativo regionale.

4. Illegittimità costituzionale dell’art. 11 della legge 27/2012 per violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all’art. 97 Cost. per conflitto di interessi. Sussisterebbe violazione dell’art. 97 Cost. in ragione del conflitto di interessi fra il Comune come ente esponenziale e come titolare di farmacie comunali.

5. Violazione dell’art. 11 della legge 27/2012; eccesso di potere per carenza di motivazione. La deliberazione impugnata darebbe conto dei pareri della ASL di Milano e dell’Ordine dei farmacisti di Milano, ma non darebbe conto del contenuto dei pareri.

6. Violazione e falsa applicazione dell’art. 11 della legge 27/2012 per contrasto con i principi di equa distribuzione e agevole accessibilità del servizio. La frazione Mascagni sarebbe rimasta senza servizio.

7. Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza per mancata considerazione di decisive circostanze sul piano topografico e demografico. Si sarebbe sottratta metà del territorio alla zona della farmacia n. 4, che sarebbe quella ove risiedono meno utenti.

Quindi, parte ricorrente, con ricorso per motivi aggiunti, impugna il bando regionale in epigrafe, limitatamente alla sesta sede farmaceutica localizzata nel territorio del Comune resistente, lamentandone l’illegittimità derivata.

Si è costituita la Regione Lombardia, spiegando difese nel merito.

In data 25 gennaio 2013 parte ricorrente ha depositato una relazione tecnica di parte inerente le zone farmaceutiche del Comune intimato.

Con ordinanza 30 gennaio 2013, n. 136, questa Sezione III ha rigettato la domanda cautelare.

In data 20 febbraio 2013 parte ricorrente ha depositato istanza di verificazione della relazione tecnica da lei depositata inerente le zone farmaceutiche del Comune intimato

Si è costituito anche il Comune intimato, spiegando difese nel merito.

Con ordinanza 19 dicembre 2013, n. 2882, questa Sezione III ha sospeso il giudizio sino alla definizione della questione di legittimità costituzionale dell’art. 11 della legge n. 27 del 2012,

sollevata con ordinanza del TAR Veneto del 17 maggio 2013, n. 713.

Con ordinanza 12 marzo 2014, n. 373, questa Sezione III ha rigettato nuova domanda cautelare proposta dopo la sospensione del giudizio.

In data 5 marzo 2015 parte ricorrente ha presentato istanza di fissazione di udienza ai sensi dell’art. 80 cpa, avendo la Corte costituzionale, con ordinanza 27 febbraio 2015, n. 24, ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale in base alla quale il giudizio era stato sospeso.

Con memoria depositata il 3 settembre 2015 parte ricorrente ha revocato l’istanza di verificazione proposta in data 20 febbraio 2013.

All’udienza del 24 settembre 2015 la causa è stata trattata e trattenuta per la decisione; in sede di udienza, le parti, a domanda del Collegio, non hanno saputo precisare se l'interpello per l’assegnazione delle sedi farmaceutiche previsto dal bando di concorso fosse stato già indetto o meno.

DIRITTO

Preliminarmente, il Collegio ritiene che l’intervenuta approvazione della graduatoria del concorso per l’assegnazione delle sedi farmaceutiche indetto con il bando regionale impugnato, intervenuta con decreto della Direzione generale salute dell’amministrazione regionale n. 4770 del 10 giugno 2015, pubblicato sul BURL – serie avvisi e concorsi – n. 25 del 17 giugno 2015, non abbia conseguenze sulla procedibilità dei ricorsi di cui si tratta (per l’orientamento giurisprudenziale che ritiene necessaria l’integrazione del contraddittorio in seguito alla approvazione della graduatoria si rinvia a TAR Lazio – Roma, Sez. II, 26 febbraio 2014, n. 2230 e Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2014, n. 1947).

In tale provvedimento si legge infatti: *«…Precisato che il numero delle sedi e la descrizione delle zone, di cui all’allegato A del decreto Direzione Generale Sanità n. 3 del 5 gennaio 2013, potranno subire variazioni per effetto di provvedimenti giurisdizionali relativi agli atti comunali istitutivi delle sedi farmaceutiche o derivanti da altri contenziosi in atto e che il numero e le descrizioni delle sedi da assegnare saranno quelle attuali al momento dell’interpello (…) DECRETA (…) 3. Di dare atto che, qualora se ne verificassero i presupposti, si provvederà con successivo provvedimento regionale all’aggiornamento dell’elenco e della descrizione delle sedi messe a concorso prima dell’avvio dell’interpello…»*.

Se ne desume che – per espressa disposizione dell’amministrazione regionale – il numero e le descrizioni delle sedi poste a bando saranno quelle esistenti al momento di indizione dell’interpello, di cui all’art. 10 del bando, fra i concorrenti utilmente posti in graduatoria.

Alla data dell’udienza pubblica del 24 settembre 2015 tale interpello non risultava ancora indetto, né, a domanda del Collegio, le parti hanno saputo precisare se esso fosse stato già indetto, così non sussistendo la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dei concorrenti contemplati nella graduatoria.

Nel merito, assorbiti ogni motivo o censura non delibati, i ricorsi sono fondati.

Risulta infatti fondato il settimo motivo del ricorso introduttivo, con cui si lamenta eccesso di potere per manifesta irragionevolezza nella individuazione della sesta sede farmaceutica localizzata nel territorio del Comune resistente, e conseguentemente il ricorso per motivi aggiunti, con cui si lamenta illegittimità derivata del bando di concorso regionale limitatamente a tale sesta sede farmaceutica.

In proposito, è consolidato l’orientamento giurisprudenziale secondo cui la scelta con cui l’Amministrazione individua la zona del territorio comunale in cui ubicare la farmacia ha – fatto salvo il limite della distanza di cui all’art. 1, comma 7, della legge 475/1968 – natura discrezionale, risultando così sindacabile in sede giurisdizionale solo per gravi ed evidenti errori di valutazione od illogicità manifeste (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 19 settembre 2013, n. 4667).

Sul punto, occorre però considerare come la discrezionalità dell’Amministrazione, in tale materia, debba essere misurata alla luce degli approdi della giurisprudenza comunitaria, e della *ratio* della riforma di cui al DL 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27.

Con riferimento alla prima, la Corte di Giustizia UE ha avuto modo di affermare che *«…secondo costante giurisprudenza della Corte, l’articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta, in linea di principio, a che uno Stato membro adotti un regime di autorizzazione preventiva per l’apertura di nuovi presidi sanitari come le farmacie, se un tale regime si rivela indispensabile per colmare eventuali lacune nell’accesso alle prestazioni sanitarie e per evitare una duplicazione nell’apertura delle strutture, in modo che sia garantita un’assistenza sanitaria adeguata alle necessità della popolazione, che copra tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate (v., in tal senso, sentenza Blanco Pérez e Chao Gómez, cit., punti 70 e 71 nonché giurisprudenza ivi citata)…»* (CGE, sentenza 13 febbraio 2014, Sokoll Seebacher, in causa C-367/12, punto 24).

Con riferimento alla seconda, l’art. 11, comma 1, del citato DL 1/2012 dispone che *«…Al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, nonché di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico, alla legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni…»*.

Ne consegue che un’interpretazione conforme al diritto comunitario (in tema di obbligo del Giudice nazionale di interpretazione conforme al diritto comunitario, *ex plurimis*, CGE, sentenza 24 gennaio 2012, Dominguez, in causa C 282/10, punto 24) consente la discrezionalità dell’Amministrazione nell’individuazione delle sedi farmaceutiche solo se e nella misura in cui essa sia funzionale a garantire un’assistenza sanitaria adeguata alle necessità della popolazione; e ciò, comunque, alla luce delle modifiche intervenute con il citato art. 11 del DL 1/2012, secondo un approccio che tende a ridurre le barriere di accesso al mercato.

Ciò conduce all’ulteriore conseguenza che l’esercizio di potere discrezionale che non si mantenga entro tali canoni è viziato da eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica e – nel caso di motivazione apparente o incongrua – per difetto di motivazione e/o per manifesta irragionevolezza.

L’applicazione di tali principi e criteri al caso di specie conduce all’accoglimento dei ricorsi.

L’unica motivazione contenuta nell’impugnata deliberazione 22/2012 circa le ragioni che hanno indotto ad individuare l’area della sesta zona farmaceutica nel modo in cui è stato fatto risulta nel passo in cui si legge: *«…Considerato che tale individuazione è volta ad assicurare l'equa distribuzione del servizio sul territorio, tenuto conto della relativa densità demografica, del potenziale sviluppo urbanistico e della correlata accessibilità al servizio stesso…»*.

Tale motivazione – peraltro apparente, in quanto disancorata da qualunque esplicitazione di fatti riferibili al caso di specie, tanto da ridursi ad una mera clausola di stile replicabile in maniera identica in qualunque situazione – non permette di comprendere quale sia stato l’iter logico seguito dall’amministrazione comunale, tanto che la scelta da questa operata appare manifestamente irragionevole alla luce della circostanza che l’impugnata delibera ha inciso sulla zona farmaceutica n. 4, cui dopo l’istituzione della sesta zona farmaceutica fanno capo circa 2.400 persone, senza invece incidere sulle due zone farmaceutiche più popolose, cui fanno capo circa 5-6.000 abitanti ciascuna.

E ciò, è opportuno ribadire, non nell’ottica di assicurare un bacino di utenza commerciale alla farmacia di cui è titolare il ricorrente, ma nell’ottica di una limitazione alla concorrenza ed all’accesso al mercato operata in funzione di garantire un’assistenza sanitaria adeguata alle necessità della popolazione.

Infatti, le quantificazioni in ordine ai bacini di utenza indicate nella citata perizia di parte ricorrente, non risultano contestate dalla difesa comunale che anzi le accredita deducendo che *«…nel ricostruire il dato demografico zona per zona, compie un lavoro tanto notevole quanto inutile, se non collegato a tutti gli aspetti rilevanti che incidono sull’accessibilità del servizio farmaceutico e su una verifica di equa distribuzione che tenga conto di tutti gli aspetti e del dato demografico non solo attuale ma ricavabile dai certi e programmati sviluppi urbanistici…»* (memoria depositata il 19 ottobre 2013, pag. 22), tanto da aver indotto parte ricorrente, in ragione della mancata contestazione, a ritenere superflua la richiesta di verificazione e revocarla (memoria depositata il 3 settembre 2015, pag. 4).

In proposito, la citata perizia indica, nel suo allegato 1, il dato demografico come segue: zona farmaceutica n. 1: 5.428 abitanti; zona farmaceutica n. 2: 6.294 abitanti; zona farmaceutica n. 3: 2.485 abitanti; zona farmaceutica n. 4: 2.338 abitanti; zona farmaceutica n. 5: 3.562 abitanti; zona farmaceutica n. 6: 1.484 abitanti.

Una volta provato (in tema di prova del fatto non specificamente contestato si rinvia a CGARS, Sez. giurisdizionale, 24 ottobre 2011, n. 703) il dato demografico come accennato, ne consegue una differenza tanto radicale fra le zone (le prime due hanno da sole quasi 2.000 abitanti in più delle restanti quattro e circa il doppio ciascuna della zona n. 4) da apparire la scelta dell’amministrazione, in difetto di alcuna motivazione, manifestamente irragionevole.

Né a diversa decisione possono indurre le argomentazioni della difesa del Comune resistente spese in corso di causa (inerenti le previsioni di sviluppo del quartiere “Papa Giovanni”, il rilascio di due permessi di costruire per circa 11.800 metri cubi, ed il possibile incremento di volumetria conseguente al recupero dei sottotetti a fini abitativi in tale zona e le previsioni negative di incremento abitativo in frazione “Mascagni”, nonché le motivazioni inerenti la collocazione della zona farmaceutica anche in ragione dell’esistenza del canale scolmatore e della distanza di duecento metri di cui all’art. 1 della legge 475/1968, illustrate nella citata memoria depositata il 19 ottobre 2013, pagg. 22-24).

Tali argomentazioni, non trovando alcun riscontro nella motivazione della delibera comunale impugnata, concretano un’integrazione postuma della motivazione che – come noto – pacificamente non è consentita in sede giurisdizionale (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4770).

Ciò – fra l’altro – impedisce di poter accogliere la richiesta difensiva del Comune ricorrente di considerare altre circostanze oltre il dato demografico.

Infatti, il divieto di integrazione postuma della motivazione in sede giurisdizionale si basa su una semplice considerazione: in assenza di motivazione, ritenere che l’amministrazione abbia posto a fondamento del proprio impugnato provvedimento alcune circostanze è – molto semplicemente – una mera ipotesi che, tra l’altro, si scontra con il principio di competenza, che affonda le proprie radici nel dettato dell’art. 97 della Costituzione.

Nel caso di specie, inoltre, in assenza di qualunque riferimento nel provvedimento all’espletamento di un’attività istruttoria, tali circostanze non verrebbero nemmeno tratte da documentazione ritualmente acquisita nel corso del procedimento, bensì desunte *aliunde*, senza alcuna garanzia che abbiano effettivamente influito sulla decisione dell’amministrazione.

Quindi, se il Comune avesse voluto porre a base del proprio provvedimento le circostanze indicate dalla propria difesa in sede giurisdizionale, avrebbe dovuto (oltre che trarle da un’istruttoria di cui avrebbe dovuto dare conto nel provvedimento) doverosamente indicarle nel provvedimento, fondando su di esse – attraverso un iter logico ricostruibile – le proprie decisioni.

L’accoglimento del ricorso introduttivo sotto tale profilo conduce alla illegittimità derivata dell’impugnato provvedimento regionale, impugnato con ricorso per motivi aggiunti, nella parte in cui recepisce l’individuazione della sesta zona farmaceutica del Comune resistente come effettuata dall’annullato provvedimento comunale.

Né l’Avvocatura regionale ha argomentato tesi difensive in ordine al motivo cui si discute, avendo dedotto *«…Sul punto Regione Lombardia non intende eccepire nulla di particolarmente rilevante, poiché ritiene che l’organo amministrativo di governo del Comune abbia, per lapalissiane ragioni, una migliore capacità di valutare i dati di fatto ed una propensione certa a curare l’interesse dei residenti…»* (memoria depositata il 26 gennaio 2013, pag. 15).

Le spese seguono la soccombenza, venendo liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione III), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l’effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna la Regione Lombardia ed il Comune di Senago, in solido fra loro, al pagamento, nei confronti di parte ricorrente, delle spese processuali del presente grado di giudizio, che liquida, in via equitativa, in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, nonché alla rifusione di quanto corrisposto da parte ricorrente a titolo di contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario

Diego Spampinato, Primo Referendario, Estensore

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

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2015

IL SEGRETARIO

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