

Pubblicato il 03/11/2016

N. 04614/2016REG.PROV.COLL.

N. 02416/2014 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 2416 del 2014, proposto dalla Farmacia Petracca del Dott. Michele Petracca, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Fernando Caracuta (C.F. CRCFNN64S18M187X) e Cinzia De Giorgi (C.F. DGRCNZ71L63B963I), con domicilio eletto presso l'avvocato Saverio Sticchi Damiani in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina n. 26;

contro

La Regione Puglia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Mariangela Rosato (C.F. RSTMNG61E70E645R), con domicilio eletto presso la Delegazione della Regione Puglia in Roma, via Barberini n. 36;

nei confronti di

Comune di Lizzanello, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia, Sezione Seconda di Bari, n. 1535 del 2013, resa tra le parti, concernente l'istituzione e la copertura di 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 nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2016 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Cinzia De Giorgi e Mariangela Rosato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La Farmacia Petracca ha sede nel Comune di Lizzanello, frazione di Merine, in cui risultano residenti circa 4.500 abitanti.

Con il ricorso di primo grado ha impugnato la delibera n. 1261 emessa dalla Giunta Regionale della Puglia in data 19.06.2012, con la quale sono state identificate le nuove sedi farmaceutiche e le relative zone di ubicazione da istituire ai sensi dell'art. 11 della legge 24.03.2012 n. 27, di conversione del D.L. 24/1/2012 n. 1, nella parte relativa all'istituzione di due ulteriori sedi farmaceutiche nel Comune di Lizzanello.

Con il medesimo ricorso introduttivo del giudizio la Farmacia Petracca ha impugnato anche il bando di concorso straordinario per soli titoli per la copertura delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione (indetto con determina dirigenziale n. 206 del 22.06.2012 e atto dirigenziale n. 207 del 26.06.2012, pubblicato sul Burp n. 93 del 28.06.2012), nella parte in cui inseriva la sede n. 4 di Lizzanello nell'elenco delle 188 sedi messe a concorso.

Detto bando è stato poi superato da un successivo bando di concorso, indetto con l'atto dirigenziale del Servizio programmazione assistenza territoriale e prevenzione dell'area politiche per la promozione della salute, delle persone e delle pari opportunità della Regione Puglia n. 39 del giorno 1.2.2013 (prot. n. 152/dir/2013/0003) pubblicato sul Burp n. 20 del 07.02.2013, anch'esso impugnato con motivi aggiunti, nella sola parte in cui inseriva nell'elenco delle 188 sedi messe a concorso la sede 4 di Lizzanello.

1.1 - A sostegno della propria impugnativa la ricorrente ha dedotto la carenza di presupposti per l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte della Regione Puglia e ha denunciato l'irragionevolezza della scelta operata.

1.2 - La Regione si è costituita in resistenza nel giudizio di primo grado.

2. - Con la sentenza impugnata il TAR per la Puglia ha respinto il ricorso.

3. - Avverso detta sentenza la Farmacia Petracca ha proposto appello chiedendo la riforma della decisione di primo grado.

3.1 - Ha quindi censurato il capo di sentenza che aveva respinto le censure dedotte in primo grado dirette a sostenere l'illegittimità dell'intervento sostitutivo della Regione, rilevando che il Comune di Lizzanello non era rimasto inerte nell'individuazione delle due nuove sedi farmaceutiche e delle relative zone di competenza.

3.2 - Con gli ulteriori motivi ha invece censurato i capi di sentenza con i quali sono stati respinti gli ulteriori motivi dedotti in primo grado, relativi alla scelta della collocazione della quarta sede.

4. - All'udienza pubblica del 6 ottobre 2016 l'appello è stato trattenuto in decisione.

5. - L'appello è fondato e va dunque accolto nei soli termini in seguito precisati.

5.1 - E' necessario ricostruire per sommi capi la normativa applicabile alla fattispecie e la vicenda che ha dato origine al contenzioso.

5.2 - Come è noto l'art. 11 del D.L. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito in L. 24 marzo 2012 n. 27 ha modificato la legge 2 aprile 1968 n. 475 prevedendo che "il numero delle autorizzazioni è stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti".

L'art. 2, comma 1, della L. 475/68, nel testo novellato dalla L. n. 27/12, prevede che: "Ogni comune deve avere un numero di farmacie in rapporto a quanto disposto dall'art. 1. Al fine di assicurare una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico, il comune, sentiti l'azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, al fine di assicurare un'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".

L'art. 2, comma 2, della L. 27/12 prevede che: "Ciascun comune, sulla base dei dati ISTAT sulla popolazione residente e dei parametri di cui al comma 1, individua le nuove sedi farmaceutiche disponibili nel proprio territorio e invia i dati alla regione entro e non oltre trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".

Il successivo comma 9 dello stesso art. 2 cit. dispone che: "Qualora il comune non provveda a comunicare alla regione o alla provincia autonoma di Trento e di Bolzano l'individuazione delle nuove sedi disponibili entro il termine di cui al comma 3 del presente articolo, la regione provvede con proprio atto a tale individuazione entro i successivi sessanta giorni".

5.3 - La regione Puglia, con nota del 30 marzo 2012, in esecuzione delle disposizioni normative recate dall'art. 11 del D.L. 1/12, conv. in L. 27/12, ha chiesto ai Comuni interessati di individuare le nuove sedi farmaceutiche nel proprio territorio fornendo tutti i dati necessari, ed in particolare il numero delle sedi da istituire.

I Comuni avevano l'obbligo di comunicare alla Regione entro trenta giorni dall'entrata in vigore della legge (e cioè entro il 24 aprile 2012) l'identificazione delle zone nelle quali collocare le nuove farmacie, sentiti l'Azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio.

5.4 - Il Consiglio Comunale di Lizzanello, con delibera n. 2 del 23 aprile 2012, ha individuato le due nuove sedi farmaceutiche, prevedendo la loro collocazione a Lizzanello – Area Campo Sportivo (terza sede) e a Merine Area Nord – Direzione Lottizzazione Passante (quarta sede).

Con nota prot. n. 3645 del 23 aprile 2012, anticipata via fax, il Comune di Lizzanello ha comunicato alla Regione Puglia, alla ASL di Lecce e al Presidente del Consiglio dell'Ordine dei Farmacisti di Lecce, l'avvenuta approvazione della delibera del Consiglio Comunale di individuazione delle due nuove sedi farmaceutiche e delle relative zone di competenza.

Con successiva nota prot. n. 3986 del 4 maggio 2012, il Comune di Lizzanello ha poi trasmesso alla Regione Puglia, alla ASL LE/1 e al Consiglio dell'Ordine dei Farmacisti di Lecce la delibera del Consiglio Comunale n. 2 del 23 aprile 2012.

La Regione, non avendo ricevuto entro il termine del 24 aprile 2012 il provvedimento comunale di individuazione delle nuove sedi farmaceutiche, con delibera della G.R. n. 1261 del 19 giugno 2012 avente

ad oggetto: "Identificazione zone nuove sedi farmaceutiche da istituire e relative zone di ubicazione", ha esercitato i poteri sostitutivi, provvedendo all'istituzione delle due nuove sedi in luogo del Comune.

La Regione Puglia ha quindi identificato le due nuove sedi da istituire presso il Comune di Lizzanello nel modo seguente:

- zona 3 così delimitata: zona est di Lizzanello delimitata dall'agro a via Europa, linea immaginaria fino a via Trento, via Milano, via Russo, via Caserta fino all'agro;

- zona 4 così delimitata: zona est frazione Merine delimitata da linea immaginaria da strada nucleo Erchie piccola a via Vernole, via San Pio, via Lizzanello fino all'agro.

Con riferimento alla zona 4 la Regione ha previsto la sua collocazione presso la frazione di Merine in zona est, e dunque in una posizione differente da quella individuata dal Comune (frazione Merine zona nord Direzione Lottizzazione Passante).

6. - Con il ricorso di primo grado la Farmacia Petracca aveva dedotto l'illegittimità dell'intervento sostitutivo della Regione Puglia.

6.1 - La censura è stata respinta dal primo giudice che ha ritenuto il termine per l'esercizio del potere comunale come perentorio, ed ha rilevato che la deliberazione comunale era stata trasmessa alla Regione solo con nota del 4 maggio 2012, ricevuta il 14 maggio 2012, e dunque fuori termine.

7.- Con il primo motivo di appello l'appellante censura detta statuizione, rilevando che il Comune aveva esercitato e comunicato nei termini (a mezzo fax) l'intervenuta adozione della delibera di identificazione delle sedi farmaceutiche da istituire, trasmettendo a distanza di pochi giorni la delibera del Consiglio Comunale: deduce, quindi, che illegittimamente la Regione avrebbe esercitato il potere sostitutivo che presupponeva l'inerzia del Comune, che invece non vi sarebbe stata.

8. - La doglianza è fondata alla luce della giurisprudenza della Sezione.

8.1 - Con sentenza n. 2800 del 2014 la Sezione ha esaminato una fattispecie analoga a quella in questione, ritenendo illegittimo il provvedimento della Regione Puglia che aveva attivato i poteri sostitutivi nonostante l'esercizio del potere da parte del Comune, anche se oltre il termine previsto dall'art. 11 della L. 27/11.

E' opportuno riportare uno stralcio della motivazione della suddetta decisione.

“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”.

8.2 - Nel caso di specie, il Comune ha adottato la delibera nei termini, e dunque non può ritenersi sussistente lo stato di inerzia che autorizzava la Regione all’esercizio del potere sostitutivo.

Neppure la mancata acquisizione dei pareri della ASL e del Consiglio dell’Ordine dei Farmacisti (pareri comunque richiesti dal Comune come risulta dagli atti) poteva costituire presupposto per l’esercizio del potere sostitutivo, tenuto conto che la mancata previa acquisizione dei pareri non integra comunque lo stato di inerzia, l’unico che autorizzava la Regione ad attivare il potere sostitutivo.

Né può rilevare la tardiva trasmissione della delibera del Consiglio Comunale sia per le ragioni già evidenziate nel precedente sopra citato (n. 2800/2014), sia perché la comunicazione dell'avvenuta identificazione delle sedi è stata eseguita nei termini.

Il primo motivo di appello deve essere dunque accolto.

9. - Gli ulteriori motivi di appello che investono la scelta operata dalla Regione circa l'ubicazione della quarta sede farmaceutica nella frazione di Merine sono inammissibili, non solo perché il potere di scelta non competeva alla Regione ma al Comune, non sussistendo lo stato di inerzia che abilitava l'attivazione del potere sostitutivo, ma anche perché anche il Comune aveva ubicato la quarta sede farmaceutica presso la medesima frazione di Merine, sebbene in una diversa posizione.

Inoltre, come ha correttamente rilevato il primo giudice, la *“finalità di garantire l'accessibilità degli utenti al servizio distributivo non può significare che occorra procedere all'allocazione delle nuove sedi in zone disabitate o del tutto sprovviste di farmacie, né può significare che debba essere evitata la sovrapposizione geografica e demografica con le zone di pertinenza delle farmacie già esistenti, essendo, invece, fisiologica e del tutto rispondente alla ratio della riforma l'eventualità che le nuove zone istituite dai comuni o dalle regioni incidano sul bacino d'utenza di una o più sedi preesistenti”*.

10 - In conclusione, l'appello va accolto e, in riforma della sentenza di primo grado, va accolto il ricorso di primo grado, con l'annullamento in *parte qua* della delibera regionale del 19 giugno 2012 n. 1261, e con l'affermazione che la fattispecie (individuazione delle zone di competenza della terza e quarta sede farmaceutica) è regolata dalla delibera comunale n. 2 del 23 aprile 2012.

Per quanto concerne gli effetti sul concorso, ritiene il Collegio – come già ritenuto nella precedente decisione n. 2800/2014 - che la controversia sulla configurazione della zona assegnata alle nuove farmacie non incide sulla legittimità del concorso per l'attribuzione delle relative titolarità e non interferisce con esso, se non nel limitato senso che l'esito del giudizio avrà effetto anche nei confronti dei vincitori del concorso.

Quanto alle spese del doppio grado di giudizio, in considerazione della particolarità della fattispecie, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,
accoglie l'appello n. 2416 del 2014 e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado n. 1535 del
2013, accoglie il ricorso di primo grado n. 1012 del 2012 nei soli limiti e termini indicati in motivazione.
Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO