

Publicato il 02/05/2017

N. 01994/2017REG.PROV.COLL.
N. 02034/2016 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 in appello n. 2034 del 2016, proposto da:

Farmacia Bianco del Dott. Emilio Palluotto, Farmacia San Pio di Russo Valentina e Russo Stefania Snc, Farmacia Michelangelo di Desa Snc, Farmacia Stoduto, Farmacia Eredi Dott. M. Castiglione, Farmacia del Leone, Farmacia Sacro Cuore, Farmacia Santacroce, Farmacie Curato Snc Già Farmacia dell'Immacolata, Farmacia Padre Pio, Farmacia Sant'Eligio, Farmacia Candelaro, Farmacia Santino, Farmacia Tartaglia, Farmacia De Perna Tartaglia, Farmacia San Marco, Farmacia di Ruberto, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Nicola Antonio Cintoli, Natalia Pinto, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria N. 2;

contro

Regione Puglia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Sabina Ornella Di Lecce, Mariangela Rosato, con domicilio eletto presso Delegazione Regione Puglia in Roma, via Barberini N.36;

Comune di Foggia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Dragonetti, con domicilio eletto presso lo studio Vania Romano in Roma, viale G.Mazzini N.6;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Aurelio Leone, Daniela Dell'Oro, Maria Incoronata D'Urso, rappresentati e difesi dagli avvocati Giacinto Lombardi, Maria Grazia Romano, con domicilio eletto presso lo studio Michele Di Carlo in Roma, via Raffaele Caverni, 6;

per la riforma

della sentenza del TAR Puglia, sede di Bari - sez. II, n. 117/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Puglia e di Comune di Foggia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2017 il Cons. Francesco Bellomo e uditi per le parti gli avvocati Bruno Ricciardelli su delega di Nicola Antonio Cintoli e di Natalia Pinto, Francesco Saverio Marini su delega di Sabina Ornella Di Lecce e di Mariangela Rosato e Giacinto Lombardi su delega di Maria Grazia Romano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale di Bari Farmacia Bianco, Farmacia Candelaro, Farmacia Castiglione, Farmacia De Perna Tartaglia, Farmacia del Leone, Farmacia dell'Immacolata, Farmacia di Ruberto, Farmacia Gallucci, Farmacia Michelangelo di Desa S.n.c., Farmacia Moderna, Farmacia Molinaro, Farmacia Padre Pio, Farmacia Sacro Cuore, Farmacia San Ciro S.a.s. del

Dott. Salvatore di Biase & Figli, Farmacia San Marco, Farmacia Santino, Farmacia Stoduto, Farmacia Tartaglia, Farmacia San Pio di Russo Valentina e Russo Stefania S.n.c., Farmacia Santacroce, Farmacia Sant'Eligio, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, domandavano l'annullamento del provvedimento di cui alla nota prot. n. AOO-152/5026 del 23.04.2014 a firma del Dirigente Ufficio Politiche del Farmaco e dell'Emergenza/Urgenza, Servizio Programmazione e Assistenza Territoriale e Prevenzione, Area Politiche per la Promozione della Salute delle Persone e delle Pari Opportunità della Regione Puglia, con cui era stata respinta la richiesta di riduzione di una sede farmaceutica nel Comune di Foggia, nonché degli atti connessi.

Domandavano altresì l'accertamento dell'obbligo della Regione Puglia e del Comune di Foggia, ognuno per quanto di propria competenza, di provvedere – prima della conclusione del concorso straordinario indetto dalla Regione Puglia con la determinazione dirigenziale n. 39 dell'1.02.2013 e dell'assegnazione delle nuove sedi farmaceutiche – alla riduzione di una sede farmaceutica nel Comune di Foggia.

A fondamento del ricorso deducevano plurime censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Si costituivano in giudizio la Regione Puglia e il Comune di Foggia.

Con sentenza n. 117/2016 il TAR rigettava il ricorso.

2. La sentenza è stata appellata dalle farmacie interessate, che contrastano le argomentazioni del giudice di primo grado.

Si sono costituiti in giudizio la Regione Puglia e il Comune di Foggia, la prima per resistere all'appello, il secondo per sostenerlo.

Hanno proposto intervento *ad opponendum* il dott. Aurelio Leone, la dott.ssa Maria Incoronata D'Urso, la dott.ssa Daniela Dell'Oro.

Con memoria del 19.11.2016 le appellanti hanno chiesto che il ricorso fosse dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

La causa è passata in decisione alla pubblica udienza del 20 aprile 2017.

DIRITTO

1. Poiché dalla nota delle appellanti non emerge il sopravvenuto difetto di interesse, né queste hanno rinunciato all'appello, il Collegio non può che esaminarlo.

L'art. 11, comma 1 della legge n. 27 del 2012 stabilisce 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: a) all'articolo 1, il secondo e il terzo comma sono sostituiti dai seguenti: Il numero delle autorizzazioni per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche è stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti. La popolazione eccedente, rispetto al parametro di cui al secondo comma, consente l'apertura di una ulteriore farmacia, qualora sia superiore al 50 per cento del parametro stesso”*.

Il medesimo comma introduce modifiche all'art. 2, comma 1 della legge n. 475/68: *“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, sentito 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”*.

Il successivo comma 3 dispone che le Regioni provvedono ad assicurare, entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge, la conclusione del concorso straordinario e l'assegnazione delle sedi farmaceutiche disponibili di cui al comma 2 e di quelle vacanti. Viene, inoltre, stabilito che le Regioni bandiscano il concorso straordinario per soli titoli per la

copertura delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione e per quelle vacanti, fatte salve quelle per la cui assegnazione al-la data di entrata in vigore della legge di conversione del D.L. n. 1/2012, la proce-dura concorsuale sia stata già espletata.

La Regione Puglia, con nota prot. A00/152/4821 del 30/03/2012, in esecuzione delle disposizioni contenute nell'art. 11 della legge n. 27/2012, ha ri-chiesto ai Comuni interessati di individuare le nuove sedi farmaceutiche nel pro-prio territorio.

Non avendo il Comune di Foggia risposto, la Regione Puglia ha esercitato i poteri sostitutivi previsti dall'art. 11, comma 9 della legge n. 27/2012,e, sulla base dei dati ISTAT relativi alla popo-lazione residente, con la D.G.R. n. 1261/2012 ha istituito quattro nuove sedi farmaceuti-che nel Comune di Foggia, tutte a quoziente pieno.

Con determinazioni dirigenziali n°206/2012 e n°207/2012 ha poi bandito il concorso straordinario per soli titoli al fine di identificare le 188 nuove sedi farmaceutiche istituite in base al nuovo parametro dettato dalla legge stessa.

A seguito dell'approvazione della L. n. 135/2012, la Regione ha annullato in auto-tutela le predette determinazioni e, con determinazione dirigenziale n. 39 del 1° febbraio 2013, pubblicata sul BURP n. 20 del 7 febbraio 2013, ha bandito il nuovo concorso straordinario per soli titoli finalizzato all'assegnazione delle 188 nuove sedi farmaceutiche istituite in base al nuovo parametro dettato dalla legge stessa. Successivamente, con D.D. n. 95 del 7 aprile 2014 ha pubblicato la graduatoria provvisoria dei candidati vincitori del concorso straordinario per l'assegnazione delle nuove sedi farmaceutiche istituite ai sensi dell'art. 11 della L. n. 27/2012; quindi, con Determinazione Dirigenziale n. 115 del 1° aprile 2015 ha pubblicato la graduatoria definitiva.

Infine, con la D.G.R. n. 2159 del 9 dicembre 2015, la Regione Puglia ha approva-to l'elenco delle n. 188 sedi farmaceutiche di nuova istituzione da

assegnare ai candidati vincitori utilmente collocati in graduatoria.

Le quattro sedi farmaceutiche sono state assegnate rispettivamente con le seguenti determinazioni dirigenziali: n. 53 del 2.03.2016 (sede n. 44); n. 200 del 23.03.2016 (sede n. 43); n. 209 del 23.03.2016 (sede n. 45); n. 224 del 24.03.2016 (sede n. 46). Quest'ultima sede è stata assegnata agli interventori *ad opponendum* nel presente giudizio.

Con il ricorso di primo grado le farmacie ubicate nel Comune di Foggia, premesso che nel periodo compreso tra il 31.12.2010 e il 31.12.2012 si era verificata una diminuzione della popolazione residente tale da comportare la individuazione di 45 sedi farmaceutiche in luogo delle 46 sedi istituite, chiedevano la riduzione delle sedi a concorso in numero di una (quindi da quattro a tre).

Avverso la decisione di rigetto della Regione Puglia le farmacie hanno lamentato violazione e falsa applicazione di legge (art. 11 della l. 24.3.2012, n. 27; artt. 1 e 2 della l. 2.4.1968, n. 475, come modificata dal d.l. 24.1.2012, n. 1, convertito con modificazioni nella l. 24.3.2012, n. 27), violazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990, violazione dei principi di buon andamento, imparzialità ed efficacia dell'azione amministrativa, eccesso di potere per violazione del procedimento, irrazionalità e illogicità manifeste, travisamento, illogicità ed insufficienza della motivazione, carenza di istruttoria, perplessità e contraddittorietà e sviamento.

Il Tar ha esaminato tutte le censure, respingendole essenzialmente sull'assunto che la riduzione richiesta fosse impedita dal concorso straordinario in questione.

2. Preliminarmente occorre esaminare l'ammissibilità del ricorso di primo grado, non valutata dal Tar, né sotto il profilo dedotto dalla Regione, né sotto altri profili, in particolare sotto quello dedotto dagli odierni interventori *ad opponendum*, i quali eccepiscono l'omessa impugnazione del bando di concorso.

L'eccezione è fondata.

L'interesse azionato nel giudizio dagli odierni appellanti è senz'altro quello di ridurre il numero delle sedi farmaceutiche messe a concorso da quattro a tre, con recupero dei margini di profitto.

Per ottenere detto effetto essi impugnano esclusivamente la Nota Prot.n. A00_152\5026 del 23.04.2014 con cui la Regione Puglia ha rigettato la loro istanza di modifica del numero delle sedi e la presupposta nota Regionale Prot. n.A00_15211753 del 11.02.2014, nonché gli Esiti del Tavolo Interregionale sulla Farmaceutica tenutosi il 28.01.2013, mentre è il Bando di concorso che indica puntualmente in quattro le sedi di nuove farmacie in Foggia cui essi si oppongono (cfr. in particolare l'art. 1 del Bando, che richiama l'Allegato B dove è specificato che le sedi a concorso per il Comune di Foggia sono quattro e precisamente la n. 43, la n. 44, la n. 45 e la n. 46).

Ne deriva che dall'eventuale annullamento dell'impugnato diniego non potrebbe derivare l'effetto desiderato, in quanto resterebbero pienamente efficaci sia il predetto bando sia, a *fortiori*, le determinazioni dirigenziali con cui sono state assegnate le quattro sedi farmaceutiche.

Giova osservare che tra l'impugnato diniego e la procedura concorsuale non vi è alcun rapporto, poiché detta procedura trova fondamento in via immediata nella determinazione dirigenziale n. 39 del 1° febbraio 2013, pubblicata sul BURP n. 20 del 7 febbraio 2013, con cui la Regione ha bandito il concorso straordinario, e in via mediata nella D.G. n. 1261/2012, con cui la Regione, esercitando i poteri sostitutivi previsti dall'art. 11, comma 9 della legge n. 27/2012, ha istituito le quattro nuove sedi farmaceutiche nel Comune di Foggia.

La circostanza che nel bando fosse precisato che *“Il numero delle sedi e l'indicazione delle zone così come elencate nell'allegato B potranno subire variazioni per effetto di provvedimenti giurisdizionali relativi agli atti comunali e regionali istitutivi delle sedi farmaceutiche”* non ha alcuna incidenza sull'onere di impugnazione.

3. La domanda di annullamento è quindi inammissibile per difetto di interesse ad agire.

Parimenti inammissibile è la domanda di accertamento, che in realtà rappresenta un *petitum* complementare e logicamente posteriore a quello di annullamento, tale da costituire un *quid pluris* rispetto allo stesso, in quanto presuppone non solo l'illegittimità del provvedimento di diniego, ma anche la spettanza del bene della vita cui tende l'istanza respinta dall'Amministrazione.

Pertanto, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado va dichiarato inammissibile e l'appello è da respingere.

La natura delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Terza, in riforma della sentenza appellata, dichiara inammissibile il ricorso di primo grado e respinge l'appello.

Spese del doppio grado di giudizio compensate

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Francesco Bellomo, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

L'ESTENSORE
Francesco Bellomo

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO