



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 4010 del 2013, proposto da:
Farmacia Pranzo Snc di Pirelli Andrea e Francesca, Farmacia Tronci della dr.Ssa
Provenzano Loredana & C. Snc, Farmacia De Donno Snc, Farmacia Palma delle
dr.Sse Elisabetta e Giuliana Palma Snc, rappresentate e difese dall'avv. Pietro
Nicolardi, con domicilio eletto presso Marco Gardin in Roma, via Laura
Mantegazza, 24;

contro

Regione Puglia, rappresentata e difesa dagli avv. Sabina Ornella Di Lecce, Maria
Grimaldi, con domicilio eletto presso Deleg. Rappr.Za Regione Puglia in Roma,
via Barberini, 36; Comune di Maglie, Asl Lecce, Ordine dei Farmacisti della
Provincia di Lecce; Portaluri Anna Michela in Qualità di Titolare della Farmacia
Dr.Anna Michela Portaluri, rappresentato e difeso dall'avv. Pier Luigi Portaluri,
con domicilio eletto presso Giuseppe Pecorilla in Roma, via della Scrofa Nr 64;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - LECCE, sezione II n. 00676/2013, resa tra le parti, concernente identificazione zone nuove sedi farmaceutiche da istituire e relative zone di ubicazione di cui alla DGR Puglia n.1261/2012

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Puglia e di Portaluri Anna Michela in qualità di Titolare della Farmacia Dr. Anna Michela Portaluri;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2014 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Nicolardi, Vaiano su delega di Di Lecce e di Grimaldi e Vetrò su delega di Portaluri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con DGR 19.6.2012 n.1261 la Regione Puglia, nell'esercizio dei poteri di cui all'art.11 del DL n.1/2012 convertito nella legge n.27/2012, approvava l'istituzione di 188 nuove sedi farmaceutiche(con identificazione della relativa zona di ubicazione) delle quali 41 in provincia di Lecce, prevedendo, in particolare, la presenza di una quinta sede farmaceutica a Maglie(LE), dopo aver acquisito i pareri favorevoli espressi il 6 giugno 2012 da ASL Lecce e da Ordine dei Farmacisti della Provincia di Lecce.

Ritenendo insussistenti i presupposti per l'istituzione della quinta sede farmaceutica, i titolari delle quattro farmacie esistenti nel Comune di Maglie hanno proposto ricorso al TAR Puglia, Sezione Lecce, chiedendo l'annullamento della DGR n 1261/2012 in parte qua nonché dei due pareri favorevoli acquisiti, deducendone l'illegittimità sotto vari profili procedurali e sostanziali.

1.1. Parte ricorrente prospettava, in punto di fatto, che il Comune di Maglie, alla data di riferimento indicata dal decreto legge, aveva circa 14.981 abitanti, per cui, applicando il parametro demografico di 1 sede farmaceutica ogni 3300 abitanti, a tale popolazione sarebbero state corrispondenti solo le 4 farmacie già esistenti, mentre l'istituzione della quinta farmacia sarebbe stata possibile solo perché la norma «consente» l'istituzione di una ulteriore farmacia qualora vi sia un “resto” superiore alla metà del parametro dei 3.300 abitanti.

Questa previsione normativa (ad avviso della parte ricorrente) non attribuirebbe all'Autorità competente il potere di automatica istituzione di una nuova sede farmaceutica, ma, in realtà, consentirebbe una valutazione discrezionale, che, pertanto, nel caso all'esame, avrebbe dovuto essere sorretta da una motivazione che ne dimostrasse in concreto l'utilità per l'interesse pubblico (utilità contestata puntualmente da parte ricorrente).

1.2. Partendo da questa premessa, parte ricorrente contestava, in primo luogo, la stessa istituzione della quinta farmacia ed, in secondo luogo, le scelte discrezionali relative alla ubicazione assegnatale per vizi sia sostanziali (difetto di motivazione e difetto dei presupposti) sia procedurali (omessa comunicazione dell'avvio del procedimento alla parte ricorrente).

Veniva sollevata, infine, questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 1, del Dl n.1/2012 con riferimento agli artt.3 e 32 Cost. nella parte in cui individua il nuovo rapporto farmacie/abitanti nella misura di 1 sede ogni 3.300 abitanti.

Ha spiegato intervento ad opponendum la titolare della farmacia Portaluri, ubicata in Cursi (Comune confinante con Maglie), che ha limitato la sua contestazione alla richiesta di diversa localizzazione della nova sede, proposta da parte ricorrente (in quanto reputata lesiva dei propri interessi), chiedendo, invece, che fosse confermata quella indicata dalla Regione.

Con sentenza n.676/2013 il TAR Puglia, Sezione di Lecce, ha respinto il ricorso, dichiarando, altresì, manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale.

1.3. Avverso la sentenza TAR le farmacie ricorrenti in primo grado hanno proposto appello, chiedendone la riforma, previa sospensione, con la riproposizione delle argomentazioni già dedotte innanzi al TAR..

Si è costituita in giudizio la Regione Puglia, chiedendo il rigetto dell'appello e contro deducendo alle avverse argomentazioni anche con successiva memoria difensiva..

1.4. Si è costituita anche la titolare della farmacia Portaluri, che con puntuali argomentazioni ha chiesto il rigetto dell'appello.

Con memoria del settembre 2013 le appellanti hanno illustrato con ulteriori argomenti i motivi di appello, chiedendo, altresì, la riforma della sentenza TAR nella parte in cui, nonostante la specifica eccezione, non ha dichiarato inammissibile l'intervento ad opponendum della Farmacia Portaluri.

Con successiva memoria dell'ottobre 2013 la Farmacia Portaluri ha replicato alle osservazioni delle appellanti, eccependo l'inammissibilità dei punti H e seguenti della memoria del settembre 2013 (relativi alla contestazione dell'intervento ad opponendum) per mancata riproposizione della censura in questione nelle forme di cui all'art.101, comma 2, cpa..

Con successive memorie sia le appellanti sia la Farmacia Portaluri sono ritornate sui vari profili della controversia, formulando osservazioni e rilievi; in particolare con la memoria del gennaio 2014 la Farmacia Portaluri ha anche contestato l'ammissibilità ex art.104, comma 2, cpa della documentazione depositata dalle appellanti in data 3.1.2014, mentre le appellanti (richiamando l'eccepita carenza di interesse della Farmacia Portaluri alla controversia) hanno precisato che si tratta di documenti attinenti a circostanze nuove e depositati nei termini.

Il Comune di Maglie, la A.S.L. di Lecce e l'Ordine dei Farmacisti della Provincia di Lecce, pur ritualmente intimati, non si sono costituiti in giudizio.

Alla pubblica udienza del 13.2.2014, uditi i difensori presenti per le parti, la causa è passata in decisione.

2. Premesso quanto sopra , il Collegio, in via preliminare, accogliendo la relativa eccezione sollevata dalla farmacia Portaluri, dichiara inammissibile la domanda formulata dalle appellanti al punto H e seguenti della memoria del 21.9.2013, per chiedere la riforma della sentenza TAR anche nella parte in cui aveva ritenuto rituale l'intervento ad opponendum spiegato in primo grado dalla Farmacia Portaluri. Infatti, poiché la sentenza TAR ha assorbito la relativa eccezione proposta dalle ricorrenti, le appellanti l'avrebbero dovuto riproporre formalmente , ai sensi dell'art.101, comma 2, cpa .

Sempre in via preliminare, poi, si prescinde, per economia di mezzi, dall'esame dell'eccezione proposta dalla Farmacia Portaluri sulla dedotta novità della documentazione presentata dalle appellanti in data 2.1.2014, in quanto l'appello non è fondato.

2.1.Nel merito, la presente controversia concerne la contestata legittimità della DGR 19.6.2012, che, in applicazione dell'art. 11 del decreto legge n. 1/2012, convertito in legge n. 27/2012, ha approvato, tra l'altro, l'istituzione di 41 nuove sedi farmaceutiche in Provincia di Lecce, prevedendo in particolare la collocazione di una quinta sede nel Comune di Maglie (LE).

Com'è noto, detto articolo (modificando la disciplina della istituzione e localizzazione degli esercizi farmaceutici già contenuta nella legge n. 475/1968) ha reso possibile l'istituzione di nuove farmacie, introducendo nuovi criteri di localizzazione degli esercizi sul territorio.

Con unico motivo, articolato in più punti, parte appellante contesta le statuizioni della sentenza con argomentazioni analoghe a quelle esposte in primo grado,

riproponendo, altresì, ai sensi dell'art.101, comma 2, cpa la censura relativa alla mancata esatta identificazione della zona nel cui ambito era prevista la nuova sede farmaceutica.

La sentenza TAR merita conferma con motivazione integrata in parte qua.

2.1. La questione principale, come si è detto sopra, è quella del carattere asseritamente facoltativo, ossia discrezionale, della istituzione di una nuova farmacia mediante la utilizzazione del “resto” maggiore della metà del parametro dei 3.300 abitanti .

Si tratta dell'applicazione l'art. 1, commi 2 e 3, della legge n. 475/1968, come modificati dall'art. 11 del decreto legge n. 1/2012 “Il numero delle autorizzazioni 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”.

Parte appellante ha dedotto che, al comma 3, l'uso della espressione “consente” alluda in modo non equivoco ad una scelta facoltativa e, come tale, discrezionale e, quindi, sorretta da una puntuale motivazione (che nella fattispecie non è stata data).

2.2. Il T.A.R. ha ammesso che la utilizzazione del “resto” sia facoltativa e non obbligatoria, ma ha aggiunto che la premessa testuale dell'intervento normativo del 2012 è la seguente: “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...”.

Pertanto, ad avviso del TAR, l'intenzione dichiarata dal legislatore manifesta un evidente favor per l'incremento del numero totale degli esercizi farmaceutici; per

tale motivo, anche ammettendo che l'autorità sanitaria non sia obbligata ad utilizzare il "resto", ma ne abbia solo la facoltà, la scelta di utilizzarlo non richiede alcun'altra giustificazione o motivazione rispetto a quella già enunciata dalla norma; occorrerebbe, semmai, una motivazione esplicita qualora si volesse fare la scelta contraria.

2.3. Tale statuizione della sentenza è condivisa dal Collegio, in argomento richiama la precedente sentenza n. 4667/2013 di questa Terza Sezione in cui ha affermato che, nel caso di istituzione di una nova sede mediante l'utilizzazione del resto dei 3.300 abitanti, la formulazione della norma fa intendere che non vi è alcuna restrizione al riguardo; non si richiede, cioè, l'accertamento di particolari condizioni o esigenze, anzi, visti il contesto e la ratio della riforma, è chiaro che il favore del legislatore è orientato alla massima espansione degli esercizi farmaceutici e, quindi, non si può ritenere necessaria alcuna specifica motivazione del Comune per giustificare tale scelta».

2.4. Né, in senso contrario, giova all'appellante richiamare la circostanza che, nel caso del Comune di Maglie, il "resto" risulti pari a 1781 e, dunque, superi solo di 131 unità la metà del parametro dei 3.300 abitanti.

Infatti, la norma, sul punto, non è equivoca, ed è inesatto affermare che la quinta farmacia sia stata istituita "a beneficio di 131 abitanti", giacché, semmai, sono 1781.

Peraltro, ogni singola farmacia è posta al servizio della generalità dei cittadini, giacché ciascuno di essi è libero di rivolgersi all'esercizio che preferisce e la norma ha solo lo scopo di mantenere una certa proporzione (approssimata) fra il numero degli abitanti e quello delle farmacie, non quello di assegnare a ciascun esercizio una certa quota di utenti.

2.5. In questo contesto normativo la circostanza che la popolazione del Comune tenda a diminuire (come asseriscono le appellanti) è pur essa priva di rilevanza, giacché la norma non dà spazio a valutazioni prognostiche di questo tipo.

Al contrario, l'art. 2, comma 2, della legge n. 475/1968, come modificato dal decreto legge n. 1/2012, dispone che il numero delle farmacie spettanti al Comune venga ricalcolato annualmente “entro il mese di dicembre di ogni anno pari, in base alle rilevazioni della popolazione residente nel comune, pubblicate dall'Istituto nazionale di statistica”.

3. L'appellante, poi, ripropone l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art.11 del DL n.1/2012 con riferimento agli artt.3 e 32 Costituzione.

Ad avviso del Collegio, invece, tenuto conto dell'evoluzione normativa in materia, l'ulteriore riduzione del parametro a 3.300 abitanti non appare in evidente contrasto con gli invocati parametri contenuti negli artt. 3 e 32 Cost.

In effetti, a quanto pare, l'appellante erroneamente non tiene conto del fatto che il rapporto numerico tra farmacie e popolazione è fissato discrezionalmente dal legislatore ed è stato ripetutamente modificato nel tempo (sempre nel senso dell'abbassamento del quorum e quindi dell'incremento del numero delle farmacie).

3.1. In origine l'art. 104 del testo unico delle leggi sanitarie del 1934 prevedeva una farmacia ogni 5.000 abitanti; nulla era disposto riguardo ai “resti” ma la giurisprudenza era consolidata nel senso che – mancando un divieto espresso - l'autorità sanitaria potesse utilizzarli qualora le circostanze lo richiedessero. La legge n. 475/1968 ha modificato in parte la disciplina mantenendo il quorum di 5.000 nei Comuni fino a 25.000, e abbassandolo a 4.000 negli altri Comuni; quanto ai “resti” ha continuato a consentirne l'utilizzazione, con una restrizione per i Comuni fino a 25.000 abitanti nei quali l'utilizzazione era consentita solo se il “resto” era maggiore del 50% (questa l'interpretazione di Cons. Stato, IV sez., n.

591/1975). La legge n. 362/1991 ha stabilito il quorum di 5.000 per i Comuni fino a 12.500 abitanti, e quello di 4.000 per tutti gli altri; ha reso generale per tutti i Comuni la regola per cui del “resto” si tiene conto solo se maggiore del 50% del parametro.

3.2. In argomento è utile considerare che i vecchi parametri risalivano, sostanzialmente, alla legislazione anteriore alla riforma sanitaria del 1978; l'istituzione del servizio sanitario nazionale, con la provvista dei farmaci in regime gratuito o semigratuito per la generalità della popolazione, ha provocato un rilevante incremento della domanda pro capite dei farmaci; un ulteriore fattore di moltiplicazione della domanda è stato rappresentato dai progressi della medicina per effetto dei quali il volume dei farmaci prescritti è aumentato in misura considerevole.

4. Si passa ora alle censure dedotte, in via subordinata, nei confronti della localizzazione della quinta (nuova) farmacia.

In proposito, l'art. 2, comma 1, della legge n. 475/1968, come modificato dal D.L. n. 1/2012, dispone: «Al fine di assicurare una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico, il comune [o in via sostitutiva la Regione], 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».

Pertanto la nuova disciplina apprezza l'equa distribuzione delle farmacie sul territorio con riferimento non al bacino di utenza, ma alla più ampia copertura possibile del territorio comunale.

Pertanto, ove si consideri che il Comune di Maglie ha una estensione territoriale contenuta (poco meno di 23 kmq) e che la sua popolazione si addensa quasi per intero nel capoluogo (l'unico vero e proprio centro abitato, se si prescinde dai 200

abitanti della frazione di Morìgino) non costituisce vizio di legittimità la scelta di istituirvi una quinta farmacia .

4.1. Una ulteriore censura riguarda la asserita inosservanza dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, ai sensi dell'art.7 legge n.241/1990, agli attuali appellanti, che non avrebbero potuto partecipare al procedimento di localizzazione della nuova farmacia che avrebbe costituito una sostanziale modifica della preesistente pianta organica..

La censura è infondata.

Infatti, è innegabile che la distribuzione delle farmacie sul territorio comunale è un atto generale di pianificazione, finalizzato ad assicurare in modo adeguato la distribuzione sul territorio delle farmacie, e che, come tale, è sottratto alla disciplina generale della partecipazione al procedimento, di cui all'art.7 legge n.241/1990, mentre la disciplina del procedimento specifico prevede, invece, il parere, obbligatorio ma non vincolante, dell'Ordine provinciale dei farmacisti, che(a differenza di quanto asserisce l'appellante) è chiamato ad esprimere a tutela degli interessi della categoria rappresentata, e non come ente istituzionale.

4.2. Nel caso del Comune di Maglie, poi, la situazione relativa alla istituzione della quinta farmacia è stata oggetto di adeguata specifica valutazione da parte della Regione Puglia:infatti la Regione, nell'esercitare i poteri sostitutivi previsti dall'art.11, comma 9, della legge n.27/2012, dapprima, ha preso atto del parere negativo espresso da ASL Lecce nella riunione del 31.5.2012 su una prima proposta di localizzare la nova sede nella frazione di Morigine (in concordanza con le indicazioni fornite dal Comune), mentre, in seguito, tenendo conto della posizione delle farmacie già istituite, tutte ubicate nella porzione est del feudo, per l'istituzione della quinta sede, ha individuato la zona posta ad ovest del centro urbano del Comune, dove risiede una popolazione di circa 3166 abitanti, al fine di garantire l'equa distribuzione del servizio farmaceutico sul territorio; su tale

collocazione, quindi, la Regione ha completato il procedimento, acquisendo in pari data 6. giugno 2012 il corrispondente parere favorevole sia di ASL Lecce (con nota n.86382/2012) sia dell'Ordine provinciale dei Farmacisti di Lecce(con nota n.805/2012).

4.3. Infine, parte appellante ripropone ai sensi dell'art.101, comma 2, cpa, la censura (che il TAR non avrebbe esaminato) con cui deduce l'insufficiente delimitazione della zona in cui è stata disposta l'istituzione della quinta farmacia, atteso che la Regione non avrebbe stabilito a quale farmacia appartiene ognuno dei due lati della viabilità di confine della nuova sede.

Il motivo è infondato.

Infatti, l'art. 11 del DL n.1/2012 indica chiaramente la volontà del legislatore di garantire la l'equa distribuzione del servizio farmaceutico sul territorio comunale, ancorandola al parametro demografico dei 3.300 abitanti; pertanto, soprattutto in questa fase di prima applicazione, il citato art.11 supera le dettagliate logiche cui era improntato il diverso istituto delle "piante organiche", (che comportava l'esatta delimitazione dell'area considerata per autorizzare l'apertura di una nuova farmacia) anche perché la delimitazione della zona non ha più valenza autonoma, ma ha la sola funzione di vincolare il titolare della nuova sede a mantenerla all'interno della zona medesima.

4.4. In tali sensi si è chiaramente espresso lo stesso Ministero della Salute, nel parere reso dall'Ufficio legislativo del 21.3.2012 (citato dalle stesse appellanti), precisando che la stessa localizzazione può avvenire in forma molto semplificata, come, per esempio, "indicando una determinata via e le strade adiacenti"(fermo restando il rispetto della distanza minima di metri 200 dalle farmacie esistenti), mentre(a differenza di quanto asserisce parte appellante) risulta irrilevante la circostanza che la Regione, per la collocazione della nuova sede, non abbia

circoscritto l'area, indicando una strada determinata, o quelle adiacenti, ma abbia delimitato una zona tanto ampia che risulta percorsa da 33 strade.

5. In conclusione, quindi, l'appello va respinto e, per l'effetto, la sentenza TAR va confermata con motivazione integrata in parte qua..

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e pertanto, liquidate in euro 5.000,00 oltre gli accessori di legge, sono poste a carico delle appellanti, tenute in solido nei confronti delle controparti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) respinge l'appello in epigrafe e, per l'effetto, conferma la sentenza TAR con motivazione integrata in parte qua.

Condanna le appellanti al pagamento, in solido nei confronti delle controparti costituite, delle spese del presente grado di giudizio, liquidate in euro 5.000,00, oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/02/2015

IL SEGRETARIO

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