

N. 03226/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00013/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13 del 2015, proposto da:
“Farmacia Inglese” di Maria Agata Perricone & C. S.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso, per procura a margine del ricorso, sia congiuntamente che disgiuntamente, dagli avv. Carlo Comandè, Enzo Puccio e Tiziana Pellegrino, elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Palermo, via Nunzio Morello, n. 40;

contro

Comune di Palermo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso, per procura in calce alla copia notificata del ricorso, dall'avv. Caterina Grasso, elettivamente domiciliato presso l'ufficio legale comunale in piazza Marina, n. 39;

nei confronti di

“Farmacia Bonsignore” del dr. Roberto Tobia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Ermenegildo Mangiapane, Pietro

Luigi Matta, Anna Arena, Giovanna Calderaro, elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Palermo, piazza Verdi, n. 6;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 946473/P del 20 novembre 2014, con la quale il Comune di Palermo, Servizio SUAP ha rigettato l'istanza, acquisita al protocollo n. 934028 del 17 novembre 2014, con la quale l'odierna ricorrente ha richiesto, ai sensi dell'art. 5, comma 2 della L. n. 362/1991, il trasferimento della propria sede farmaceutica - oggi collocata in Via Mariano Stabile nn. 175/177, zona sovranumeraria, nei locali siti nella zona "Uditore - Passo di Rigano" ed esattamente nella Via Uditore n. 4/D-4/E-4/F;

- di ogni altro atto consequenziale, connesso, preordinato e presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria del Comune di Palermo;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria della "Farmacia Bonsignore";

Vista l'ordinanza cautelare n. 213 del 29 gennaio 2015;

Vista l'ordinanza del CGA n. 217/2015;

Vista la memoria del Comune di Palermo;

Vista la memoria del controinteressato;

Viste le memorie del ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del 25 novembre 2015, il consigliere Aurora Lento e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso, notificato il 23 dicembre 2014 e depositato il 2 gennaio 2015, la "FarmaciaInglese" di Maria Agata Perricone & C. S.a.s., ubicata in Via Mariano Stabile nn. 175/177, zona sovranumeraria, esponeva di avere richiesto al Comune di Palermo, con istanza prot. n. 934028 del 17 novembre 2014, il trasferimento, ai sensi dell'art. 5, comma 2 della L. n. 362/1991, nei propri locali siti nella zona "Uditore - Passo di Rigano" ed esattamente nella Via Uditore n. 4/D-4/E-4/F.

Tale istanza era stata corredata da tutta la documentazione necessaria per la sua istruttoria e, in particolare, da una relazione tecnica nella quale era stato evidenziato come il richiesto decentramento avrebbe garantito non solo il rispetto del rapporto farmacie/abitanti di cui all'art. 1, comma 2, della l. n. 475/1968 (data la presenza di 6 farmacie a fronte di 31.105 residenti), ma anche una diffusione più capillare del servizio farmaceutico in un'area caratterizzata da espansione abitativa e trasformazione urbanistica.

La sede prescelta si trovava, inoltre, a più di 200 metri dalle farmacie già presenti in zona.

Il Comune di Palermo - Servizio SUAP, con nota prot. n. 946473/P del 20 novembre 2014, aveva, rigettato l'istanza, in quanto non aveva ritenuto possibile autorizzare il decentramento di una farmacia esistente in assenza della preventiva approvazione dell'atto di pianificazione della distribuzione delle nuove sedi.

Aveva, altresì, fatto riferimento alla circostanza che "nonostante i diversi recenti pronunciamenti del TAR Palermo", la competenza relativa al decentramento delle farmacie di cui all'art. 5 l. n. 362/1991 era esclusivamente ascrivibile alla Regione.

La ricorrente ha chiesto l'annullamento, previa sospensiva e vinte le spese, di tale nota per i seguenti motivi:

- 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 della l. n. 475/1968, come sostituito dall'art. 11, comma 1, lettera c), del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27/2012.

Spetterebbe al Comune e non alla Regione la competenza a provvedere in materia di istanze di decentramento.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 5 della l. 8 novembre 1991, n. 362. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti. Illogicità e irrazionalità manifesta. Sviamento dal pubblico interesse.

L'autorizzazione al trasferimento di una farmacia non sarebbe subordinata alla propedeutica approvazione dell'atto di pianificazione delle sedi farmaceutiche.

L'istruttoria sarebbe stata carente.

A sostegno delle proprie censure, la ricorrente ha depositato un'articolata relazione tecnica.

Il Comune di Palermo si è costituito in giudizio e ha depositato una memoria con la quale ha chiesto il rigetto del ricorso, poiché infondato, vinte le spese, rappresentando, in particolare, che, con deliberazione n. 193 del 18 novembre 2014, la Giunta Comunale di Palermo aveva proposto al Consiglio comunale la (ri)approvazione (con modifiche) della determinazione commissariale n. 69 del 23 aprile 2012, avente a oggetto l'individuazione di nuove sedi farmaceutiche. Tale proposta, la quale traeva origine dall'annullamento della determinazione n. 69/2012 con varie sentenze di questo TAR, tra cui la n. 1226/2013, era stata approvata con la delibera consiliare n. 279 del 7 dicembre 2014, che aveva individuato n. 29 nuove sedi farmaceutiche. Unitamente a tale delibera, il consiglio comunale aveva approvato l'ordine del giorno n. 1 avente ad oggetto «Piano di decentramento per il miglioramento del servizio farmaceutico», con la quale aveva “impegnato” l'Amministrazione a predisporre entro il primo semestre 2015 un piano di programmazione di decentramenti finalizzato al miglioramento del servizio farmaceutici.

Ha concluso nel senso che mancavano i presupposti per disporre il chiesto decentramento, sia perché si doveva attendere l'adozione del relativo piano, sia

perché andava salvaguardato l'assetto delle farmacie delineato dal consiglio comunale.

Ha, comunque, rappresentato, che, con la delibera consiliare n. 279/2014, nel rispetto del rapporto popolazione/farmacie normativamente individuato, non era stata individuata nessuna nuova sede farmaceutica nella zona Uditore e ne era stata individuata una nuova in quella Passo di Rigano. Anche sotto il profilo dell'esigenza di garantire un'adeguata distribuzione del servizio farmaceutico, l'istanza di decentramento della ricorrente andava, pertanto, rigettata.

Si è costituito in giudizio anche la "Farmacia Bonsignore", ubicata nelle vicinanze dei locali nei quali il ricorrente ha chiesto di trasferirsi.

Il Comune ha depositato la proposta di delibera, avente ad oggetto "Ottemperanza all'ordine del giorno n. 1 di cui alla delibera consiliare n. 279 del 7 dicembre 2014 in ordine alla predisposizione di un piano di programmazione di decentramento finalizzato a un miglioramento del servizio farmaceutico per una più omogenea distribuzione delle farmacie", inviata dal responsabile del SUAP al consiglio comunale.

Ha successivamente depositato una memoria con la quale ha rappresentato che nel caso di accoglimento dell'istanza di decentramento della farmacia ricorrente il rapporto popolazione/farmacie nella zona individuata sarebbe sceso a 1/2.736.

Anche la "Farmacia Bonsignore" ha depositato una memoria, con la quale ha chiesto il rigetto del ricorso, poiché infondato, vinte le spese.

Ha, in particolare, rappresentato che la zona nella quale la ricorrente intendeva trasferirsi ricadeva all'interno della sede farmaceutica n. 172 "Uditore – Passo di Rigano", che era stata messa a concorso nel contesto del bando pubblico regionale straordinario pubblicato sulla GURS n. 1 dell'11 gennaio 2013, che la ricorrente avrebbe dovuto tempestivamente impugnare.

Ha, inoltre, contestato il calcolo del rapporto farmacie/abitanti fatto dalla ricorrente, in quanto basato su una non corretta applicazione del criterio demografico e di quello topografico.

Con ordinanza n. 213 del 29 gennaio 2015, annullata con ordinanza del CGA n. 217/2015, l'istanza cautelare è stata rigettata per difetto di periculum.

In vista dell'udienza, la ricorrente ha depositato due memorie con le quali ha replicato alle difese del Comune e della controinteressata, rappresentando, tra l'altro, che: la motivazione del diniego impugnato, in quanto incentrata esclusivamente sulla mancata adozione del piano delle farmacie e sulla competenza regionale in materia di decentramento, non poteva essere integrata con gli scritti difensivi; la collocazione della nuova sede n. 172 messa a concorso non si sovrapponeva con i locali individuati per il trasferimento.

Anche la controinteressata ha depositato una memoria con la quale ha insistito nelle proprie domande.

Alla pubblica udienza del 25 novembre 2015, su conforme richiesta dei difensori delle parti presenti come da verbale, il ricorso è stato posto in decisione.

1. La controversia ha ad oggetto l'istanza di decentramento della propria sede farmaceutica dal centro storico di Palermo a un quartiere di nuova espansione avanzata dalla farmacia ricorrente.

Tale istanza è stata rigettata dal Comune di Palermo, che ha fatto riferimento alla necessaria adozione del piano delle farmacie e (incidentalmente) ha ritenuto competente in materia la Regione.

Preliminarmente va adeguatamente delimitato l'ambito del giudizio, richiamando l'incontroverso orientamento giurisprudenziale secondo il quale è legittima l'integrazione in sede giudiziale, da parte dell'amministrazione competente, della motivazione dell'atto amministrativo, effettuata mediante gli atti del procedimento o un successivo provvedimento di convalida, mentre sono inammissibili le

argomentazioni difensive addotte a giustificazione del provvedimento impugnato mediante un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio (per tutte Consiglio di Stato, III, 10 luglio 2015, n. 3488).

Ne deriva che le argomentazioni sviluppate (esclusivamente) negli scritti difensivi del Comune al fine di giustificare la determinazione negativa contestata non possono trovare ingresso nel presente giudizio in quanto si sostanziano in una (illegittima) integrazione postuma della motivazione.

Sempre in via preliminare va escluso che la ricorrente avesse l'onere di impugnare il bando di concorso pubblico regionale straordinario per titoli finalizzato all'assegnazione di sedi farmaceutiche, pubblicato sulla GURS n. 1 dell'11 gennaio 2013, nella parte in cui comprendeva la sede farmaceutica n. 172 "Uditore – Passo di Rigano", in quanto, in disparte ogni considerazione sul rapporto tra tale procedura e le istanze di decentramento, dalla produzione difensiva della ricorrente emerge che non si ha una sovrapposizione con i locali individuati per il trasferimento.

2. Tutto ciò premesso, può procedersi all'esame del primo motivo, con il quale si deduce che spetterebbe al Comune e non alla Regione la competenza a provvedere in materia di istanze di decentramento.

La doglianza è fondata alla luce delle sentenze di questa sezione n. 913 e n. 914 del 14 aprile 2015, relative a fattispecie analoghe e alle cui ampie motivazioni si rinvia, nelle quali è stato affermato che la competenza in materia di decentramento delle farmacie è dell'ente locale sulla base del combinato disposto dell'art. 5, comma 2, della l. 8 novembre 1991, n. 362 e dell'art. 11, comma 1, lettera c), del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27.

Da tale coordinamento deriva, infatti, che l'Amministrazione comunale è competente non solo in merito alla approvazione dell'atto generale di localizzazione delle nuove farmacie, ma anche - e a maggior ragione - con riferimento alla autorizzazione dei singoli decentramenti, i quali presuppongono, comunque, la

valutazione delle esigenze di equa distribuzione del servizio sul territorio e di accessibilità dello stesso per tutti i cittadini.

Tale assunto trova, in particolare, conferma nei principi di diritto affermati nella sentenza della Corte Costituzionale n. 255/2013, nella quale si è affermato che la scelta del legislatore statale di attribuire ai Comuni il compito di individuare le zone in cui collocare le farmacie risponde all'esigenza di garantire un ordinato assetto del territorio corrispondente agli effettivi bisogni della collettività. Si è, inoltre, precisato che l'individuazione e la localizzazione delle sedi farmaceutiche (nel rispetto della proporzione stabilita dalla legge statale) sono connesse ai compiti di pianificazione urbanistica attribuiti ai Comuni, in quanto enti appartenenti a un livello di governo più vicino ai cittadini.

Sarebbe, peraltro, incongruo demandare al Comune l'individuazione di tutte le nuove sedi e alla Regione di quelle nelle quali attuare i singoli trasferimenti.

3. Parimenti fondato è il secondo motivo, con il quale si deduce: sotto un primo profilo, che l'autorizzazione al trasferimento di una farmacia non sarebbe subordinato alla propedeutica approvazione dell'atto di pianificazione delle sedi farmaceutiche; sotto un secondo profilo, che l'istruttoria e, conseguentemente, la motivazione sarebbero carenti.

Anche per questa censura vanno richiamate le succitate sentenze, alle cui ampie motivazioni si rinvia, nelle quali, conformemente a quanto affermato nella decisione del CGA n. 135 del 4 febbraio 2010 e nella propria precedente sentenza n. 821 del 19 marzo 2014, si è affermato che l'ottica dell'art. 5, comma 2, della l. n. 362/1991, che disciplina il procedimento di decentramento delle farmacie esistenti, è individuale, ovvero sia è rapportata alle esigenze della singola farmacia e, conseguentemente, prescinde dalla pianificazione generale, che non a caso è stata dal legislatore richiesta, quale necessario presupposto, nel solo comma 1 del medesimo articolo.

Lo scopo del legislatore è stato, infatti, quello di risolvere il problema del singolo farmacista, che intende spostarsi dalla propria sede, consentendogli di trasferirsi in una zona di nuovo insediamento abitativo carente di assistenza. In tali casi è, in particolare, necessario uno strumento celere, che non richieda i tempi lunghi della pianificazione generale, e consenta di tutelare in tempi accettabili l'interesse del singolo, contemperandolo adeguatamente con quello generale alla quanto più possibile omogenea distribuzione del servizio sul territorio comunale.

In tale ottica è irrilevante l'adozione, nelle more del giudizio, della deliberazione consiliare n. 279/2014, con la quale è stato riproposto il cd "piano Latella", a suo tempo approvato con determinazione n. 69/DS del 23 aprile 2012 adottata dal commissario regionale con i poteri del Sindaco ed annullata da questa sezione (tra le altre) con sentenza n. 1343 del 19 giugno 2013.

Per quanto riguarda, poi, l'ordine del giorno n. 1 (contestualmente approvato), avente ad oggetto il "piano di decentramento per il miglioramento del servizio farmaceutico", come ritenuto nelle sentenze prima citate, deve rilevarsi che il Comune di Palermo non può pretendere di bloccare il trasferimento di una farmacia in forza di un atto ad oggi non approvato.

Dalla fondatezza del primo profilo deriva anche quella del secondo, in quanto il Comune avrebbe dovuto istruire l'istanza di decentramento avanzata dalla ricorrente e non limitarsi a fare riferimento alla necessaria previa adozione del piano generale delle farmacie (né tantomeno a quello dei decentramenti).

Concludendo, il ricorso è fondato e va accolto con conseguente annullamento del provvedimento impugnato, fatte salve, naturalmente, le successive determinazioni dell'Amministrazione comunale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Comune di Palermo al pagamento in favore della ricorrente delle spese del presente giudizio liquidate in € 2.000,00, oltre IVA, spese generali e CPA e rimborso del contributo unificato. Spese compensate con le altre parti.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Maisano, Presidente FF

Aurora Lento, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/12/2015

IL SEGRETARIO

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