

**N. 01223/2015 REG.PROV.COLL.
N. 00656/2015 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 656 del 2015, proposto da:

-BUFFARDO Giuseppe in Qualità di Amministratore e Legale
Rappresentante Farmacia La Maddalena,

-CORDA Gabriele in Qualità di Amministratore e Legale
Rappresentante Farmacia Corda di Gabriele Corda & C. Snc,

-PINNA Giovanni in Qualità di Amministratore e Legale
Rappresentante Farmacia Pinna di Giovanni Pinna & C Snc,

tutti rappresentati e difesi dagli avv. Silvia Cosmo, Quintino Lombardo,
Anna Lisa Collu, con domicilio eletto presso Anna Lisa Collu in
Cagliari, Via Satta N.5;

contro

-COMUNE DI LA MADDALENA, rappresentato e difeso dall'avv.
Gian Comita Ragnedda, con domicilio eletto presso Debora Urru in
Cagliari, Via Farina N. 44;

-ASL DI OLBIA,

-REGIONE SARDEGNA - Assessorato Igiene e Sanità e Assistenza Sociale;

-ORDINE INTERPROVINCIALE DEI FARMACISTI DI SASSARI E OLBIA - TEMPIO;

non costituiti in giudizio

per la dichiarazione di illegittimità

dell'inerzia tenuta dal Comune de La Maddalena in violazione dell'OBBLIGO di REVISIONE del numero delle farmacie del Comune entro il 31.12.2014;

nonché per la declaratoria

dell'obbligo e la conseguente condanna del Comune a provvedere a tale revisione in doverosa applicazione dell'art. 2 della L. 2.4.1968 n. 475, come sostituito dall'art. 11 comma 1 lett. C) del D.L. 24.1.2012 n. 1, conv. con modifiche dalla L. 24.3.2012 n. 27 .

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di La Maddalena;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2015 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori avv.ti Lombardo e, in sostituzione, Maiore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso avviato per la notifica il 28.7.2015 e depositato il 5.8.2015 i 3 farmacisti ricorrenti (dopo aver diffidato il Comune a provvedere, con istanza datata 19.12.2014 , spedita il 30.12.14 e ricevuta il 7.1.2015) hanno chiesto l'accertamento dell'obbligo del Comune alla revisione delle sedi

farmaceutiche per il 2014, in riferimento ai dati della popolazione al 31.12.2013 (quantificati in 11.433), in applicazione dell'art. 2 della L. 2.4.1968 n. 475, come sostituito dall'art. 11 comma 1 lett. C) del D.L. 24.1.2012 n. 1, conv. con modifiche dalla L. 24.3.2012 n. 27.

Con richiesta di condanna del Comune a sopprimere la quarta sede farmaceutica, previo accertamento della fondatezza della pretesa, quale attività vincolata, in applicazione degli artt. 31 e 117 c.pa; con nomina di Commissario ad acta.

Si è costituito in giudizio il Comune formulando 3 eccezioni di inammissibilità del ricorso.

Alla Camera di consiglio dell'11.11.2015, dopo discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I ricorrenti sono i titolari delle 3 farmacie operanti nel Comune de La Maddalena.

La quarta sede farmaceutica nel Comune de La Maddalena è stata istituita con delibera della G.C. n. 24 del 18.4.2012, sulla base dei dati ISTAT della popolazione residente al 31.12.2010.

L'esercizio non risulta ancora attivato, essendo oggetto di un concorso regionale per il conferimento di 90 sedi, indetto nel 2013 e tuttora in corso di espletamento.

I ricorrenti pretendono, con l'odierno ricorso, la soppressione di tale nuova (quarta) farmacia, in quanto il parametro di riferimento (rapporto in relazione al numero degli abitanti) è variato con l'entrata in vigore del DL 1/2012.

La revisione da compiersi nel 2014, in riferimento agli abitanti del 2013, avrebbe dovuto essere effettuata con riduzione delle farmacie da 4 a 3.

In base ai dati della popolazione residente al 31.12.2013 (quantificati in

11.433) non sarebbe possibile mantenere la quarta farmacia.

La questione inerente la revisione del numero di farmacie nel Comune de la Maddalena è stata già oggetto di esame di questo Tar, su ricorso delle medesime parti, e sempre in materia di silenzio, con la sentenza n. 906 del 6.11.2014 (ricorso 1094/2013), che ha dichiarato l'inammissibilità, per difetto di interesse a ricorrere, alla revisione per il 2012, in considerazione del fatto che "l'eventuale accoglimento non produrrebbe il soddisfacimento delle pretese sostanziali" (essendo il numero degli abitanti 11.899 al dicembre 2011, quindi idoneo a consentire il mantenimento dei 4 esercizi).

La decisione è stata assunta sul presupposto che la revisione dovesse essere effettuata entro il 31 dicembre di ogni anno (successivo alla rilevazione dei dati degli abitanti).

La sentenza che ha dichiarato l'inammissibilità del gravame è stata impugnata innanzi al Consiglio di Stato, il quale, con sentenza sez. III del 15.6.2015 (ricorso 165/2015), ha rigettato l'appello confermando con diversa motivazione la sentenza di primo grado.

L'istanza si riferiva alla revisione da effettuarsi entro il 31.12.2012.

Il Tar aveva ritenuto che, in base ai dati sulla popolazione residente al 31.12.2011 (11.899 unità), la permanenza delle 4 sedi farmaceutiche era corretta in quanto la norma (art. 1 2° e 3° comma della L. 2.4.1968 n. 475, come sostituito dall'art. 11 comma 1 lett. A) del DL 24.1.2012 n. 1, conv. con modifiche dalla L. 24.3.2012 n. 27) consentiva l'apertura di una sede farmaceutica anche nel caso in cui il <quoziente che residua>, dopo l'applicazione del parametro di una farmacia ogni 3.300 abitanti, sia superiore al 50% di questo parametro numerico. E nel caso esaminato in quel ricorso (revisione 2012), si riscontrava un quoziente pari a 1.999 abitanti (quindi superiore al 50% di 3.300 ab.).

In appello i ricorrenti evidenziavano che tale dato numerico non era corretto in quanto la popolazione al 31.12.2011 era in realtà inferiore agli 11.000 abitanti (10.931), minore quindi della soglia-limite degli 11.650 (rectius 11.550: 9.900+1.650) –il dato è preso dalla sentenza d'appello-.

Si sosteneva che il Tar avrebbe erroneamente preso a riferimento un rilievo di 11.899 abitanti al 31.12.2011, non corrispondente al dato reale (10.931); con l'effetto che, sulla base del dato corretto, il ricorso in primo grado avrebbe dovuto ritenersi pienamente ammissibile, dimostrando l'insussistenza del presupposto (rapporto sedi/n. abitanti).

Il Consiglio di Stato aveva disposto, con ordinanza 1630/2015 in applicazione dell'art. 73 3° comma cpa, l'approfondimento di una diversa questione di diritto sottesa alla soluzione della vertenza in materia di silenzio-inadempimento, ed in particolare in riferimento alla sussistenza o meno dell'obbligo del Comune di effettuare la revisione periodica entro l' <anno 2012>.

Riteneva il Consiglio di Stato che la revisione è prevista a cadenza "biennale" (e non annuale). E il Comune aveva aggiornato la tabella delle farmacie il 18.4.2012 (riordino delle sedi in applicazione delle nuove disposizioni).

Conclusivamente il giudice d'appello riteneva, in considerazione del fatto che la norma prevede i successivi "aggiornamenti" solo a cadenza <biennale>, con l'effetto che la prima revisione periodica avrebbe dovuto avere la sua prima applicazione solo dal 2014.

Era dunque insussistente l'obbligo per il 2012 di disporre la revisione delle sedi.

Il Comune, in applicazione dell'art. 11 del DL 1/2012 ha istituito la

quarta sede farmaceutica, con delibera GC n. 24 del 18.4.2012 (che è stata impugnata, senza esito positivo, dai ricorrenti).

Con il precedente contenzioso (sul silenzio) gli stessi ricorrenti chiedevano l'attuazione dell'obbligo alla revisione periodica che, secondo la loro prospettazione, avrebbe dovuto avvenire entro il 31.12.2012.

Il giudicato del Consiglio di Stato (e del Tar, con motivazioni diverse) ha ritenuto non sussistente l'obbligo di effettuare la revisione nel 2012, in quanto la <prima revisione> da compiere dopo l'applicazione del DL 1/2012, avrebbe dovuto realizzarsi solo successivamente, stante l'obbligo di revisione (solo) "biennale" previsto dalla norma (per le revisioni periodiche).

Con il presente ricorso i farmacisti hanno rinnovato la medesima richiesta (eliminazione della quarta sede), compiuta nel precedente contenzioso-rito silenzio, ma, questa volta, in riferimento all'anno 2014 (e sulla base dei "nuovi" dati ISTAT della popolazione al 31.12.2013).

Documentano che il numero degli abitanti al 31.12.2013 era di 11.433 e alla data del 31.12.2014 era di 11.408 (cfr. docc. 1 e 2), quindi inferiore alla soglia minima.

Il "resto" è, nel primo caso, di 1533 ab. e, nel secondo di 1.508 (inferiore a 1650, 50% di 3.300).

Richiedono conseguentemente, in via principale, la declaratoria della sussistenza dell'obbligo alla revisione per il 2014, alla luce di tali dati, con condanna, per l'effetto del Comune alla soppressione della 4^a sede farmaceutica (istituita nel 2012).

In via subordinata l'ordine al Comune di dar corso all'ordinaria revisione che avrebbe dovuto essere effettuata entro il 31.12.2014, con riferimento agli abitanti al 31.12.2013, e con soppressione della 4^a

farmacia, fissando un termine non superiore a 30 giorni; nominando un Commissario ad acta per il caso di ulteriore inadempienza.

La difesa del Comune è tutta concentrata nel sollevare questioni di “mero rito” (nulla è osservato in punto di merito in ordine all’inerzia del Comune e ai dati numerici di riferimento).

Preliminarmente vanno rigettate le varie e diversificate eccezioni di inammissibilità per le seguenti considerazioni.

a) Si premette che in relazione alla prima eccezione (difetto di contraddittorio) la difesa dei ricorrenti sostiene che i vincitori provvisori del concorso regionale sarebbero “cointeressati” e non “controinteressati”, in quanto corrisponderebbe al loro interesse poter ottenere sedi aventi i requisiti di legge e non svrannumerarie.

La mancata notifica, come controinteressati, ai soggetti che hanno partecipato al Bando per l’assegnazione di 90 sedi farmaceutiche, vacanti e di nuova istituzione (tra cui la 4^a della Maddalena), indetto il 25.1.2013, di cui è stata approvata la graduatoria provvisoria il 30.6.2015, non è rilevante in quanto gli aspiranti hanno preso parte ad una selezione che faceva espresso riferimento al numero degli abitanti computato “al 31.10.2010” (quantificati per la sede che qui interessa in 11.899).

Quindi non era necessaria la loro chiamata in giudizio, posto che questo è semplicemente diretto a sollecitare l’applicazione delle norme in materia di revisione periodica, con applicazione dei nuovi dati, per ricercare la permanenza del rapporto ottimale.

Dati che possono incidere sulla determinazione del numero delle sedi nel Comune.

E tale elemento è perfettamente “conoscibile” da parte dei soggetti partecipanti (allo stato la procedura selettiva non si è ancora conclusa), i

quali avranno l'accortezza di valutare se una determinata sede inserita nell'elenco di 90 (Allegato A e B del Bando del 2013) sia o meno "a rischio" soppressione, con conseguente decisione in ordine all'espressione delle preferenze.

Allo stato attuale la sede non è ancora attiva, con l'effetto che, ai fini del conferimento, dovrà essere verificato il permanere dei requisiti minimi (con aggiornamento del numero degli abitanti).

Sarebbe infatti del tutto illogico consentire l'assegnazione di sedi (di nuova istituzione e non ancora operanti) che sarebbero fin dall'inizio "soprannumerarie" per difetto del quorum demografico.

Ed , in ogni caso, l'art. 1 ultimo comma del Bando regionale prevede espressamente che IL NUMERO DELLE SEDI e l'indicazione delle zone così come elencate nel bando "POTRANNO SUBIRE VARIAZIONI PER L'EFFETTO DI PROVVEDIMENTI GIURISDIZIONALI".

Oltretutto risulta che pende ricorso degli stessi ricorrenti avverso il bando del 2013 (ric. n. 345/2013), con sospensiva respinta, ord. 171/2013.

Avendo impugnato il provvedimento generale a monte (bando) i ricorrenti non erano tenuti ad impugnare gli atti successivi, allo stato solo, endoprocedimentali (in quanto giunti solamente all'approvazione della graduatoria provvisoria).

Inoltre la contestazione contenuta nell'attuale giudizio si basa sulla mera <rilevazione del numero degli abitanti> al 31.12.2013 o 31.12.2014, in entrambe i casi pacificamente inferiori alla soglia minima per la conservazione della farmacia di nuova istituzione (11.433 – 11.408).

In definitiva i soggetti che hanno partecipato alla selezione sapevano che (per la determinazione delle 90 sedi) il parametro di riferimento era stato

quello del numero degli abitanti al 31.10.2010.

E tale elemento non poteva considerarsi “cristallizzato” ed immutabile, essendo suscettibile di variazione per effetto dell’andamento demografico, rispetto al quale si pone, come corollario, l’ordinaria applicazione della normativa in materia di “revisione”, da parte dei singoli Comuni, della tabella delle sedi (basata su dati, per loro natura, “mutevoli”).

Con conseguente possibile riduzione delle sedi disponibili ed assegnabili (specie quelle di “nuova istituzione” e non solo “vacanti”).

Non era dunque necessario istituire, nel presente giudizio di silenzio-inadempimento, il contraddittorio nei confronti dei partecipanti al concorso regionale per l’assegnazione delle 90 sedi farmaceutiche , collocati in graduatoria provvisoria, in quanto il conferimento delle sedi è sottoposto alla fisiologica verifica della permanenza del presupposto (numero di abitanti sufficienti), in considerazione del fatto che l’individuazione delle sedi contenute nel bando 2013 si rapportava al numero degli abitanti al 31.12.2010 (cfr. seconda colonna della tabella-elenco sedi: 11.899).

b) Non era onere/obbligo dei ricorrenti impugnare, con ricorso ordinario, gli atti endoprocedimentali con i quali si è sviluppata la selezione concorsuale (approdata allo stato attuale solo all’approvazione della graduatoria del 2015, provvisoria e non definitiva), trattandosi di atti intermedi che non esplicano efficacia direttamente lesiva in capo ai ricorrenti, i quali, comunque hanno impugnato l’atto generale presupposto (bando).

Per l’effetto non sussiste l’inammissibilità del presente ricorso per carenza di interesse qualificato.

c) Sussiste nel caso di specie un obbligo di provvedere in ordine alla

“revisione” periodica delle sedi.

Il Comune sostiene che la P.A. può determinare, nel caso dell'autotutela, liberamente l' “an” in ordine al provvedere o meno.

Ma in questo caso non si tratta di esplicazione di un potere di autotutela, in quanto l'obbligo alla “revisione” scaturisce direttamente dalla norma (già precedentemente citata), secondo i rinnovati criteri fissati nel 2012.

Non è una “scelta” del Comune provvedere alla revisione periodica biennale.

L'Amministrazione locale è tenuta a provvedere alla (nuova) determinazione delle sedi farmaceutiche congrua e aggiornata, a cadenza biennale, in base ai dati ISTAT del 31.12 dell'anno precedente, disponendo, per l'effetto nuove istituzioni o soppressioni di sede.

Né può essere accolta la contestazione formulata dal Comune ove si sostiene che con il presente gravame si violerebbe il principio del “ne bis in idem”, avendo i ricorrenti “già” impugnato il bando di concorso regionale del 2013 per l'assegnazione delle sedi.

Si evidenzia, ancora, che il bando regionale (impugnato in separata sede) ha quale presupposto il numero degli abitati rilevato al 31.12.2010, mentre con il presente ricorso i farmacisti pretendono l'espletamento della procedura di “revisione” da effettuarsi entro il 2014, sulla base delle rilevazioni ISTAT del 31.12.2013.

Il presente contenzioso (rito silenzio-inadempimento), pur avendo la medesima “finalità” (soppressione della quarta sede), ha un oggetto ed un presupposto del tutto diverso, in quanto diretto alla sollecitazione dell'attivazione di una procedura di revisione relativa al 2014, in base alla popolazione 31.12.2013.

Non si sviluppa dunque contro atti/provvedimenti “adottati” (regionali), ma contro un “mancato” atto comunale.

L'istanza di accertamento dell'inerzia a procedere alla revisione 2014 va quindi esaminata nel merito.

Nel merito il Collegio ritiene che:

*l'obbligo di procedere alla revisione entro la fine del 2014 deriva sostanzialmente dall'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato con la sentenza III n. 2959 del 15.6.2015, resa fra le stesse parti (anch'essa con il rito del silenzio-inadempimento);

-il numero degli abitanti al 31.12.2013 è di 11.433 e al 31.12.2014 è di 11.408 (come documentato dai tabulati prodotti in giudizio –dati ISTAT-, non contestati da controparte);

*il Comune sulla scorta di tali dati era tenuto ad effettuare il procedimento di revisione delle sedi farmaceutiche, al fine di verificare la permanenza/soppressione della 4^a farmacia, istituita ma non ancora attivata;

*il bando regionale del 2013, che include nell'elenco la sede istituita nel 2012 dal Comune (riferita ai dati ISTAT del 2011), è suscettibile di modificazioni a seguito delle decisioni comunali assunte e che debbono essere assunte;

* sedi divenute “soprannumerarie”, per il venir meno del rapporto minimo fra numero di sedi ed abitanti, fra l'emanazione della lex specialis e l'approvazione della graduatoria definitiva non possono essere assegnate ai vincitori, in quanto è venuto meno, in tal caso, l'atto presupposto (determinazione comunale della sede); in via consequenziale ed in forma di mero “recepimento” del presupposto (modifica numero di sedi nel territorio comunale) cade la possibilità di conferire sedi che risulterebbero, fin dall'inizio della loro assegnazione, non soddisfare il rapporto minimo previsto dalla normativa (soglia e

resto);

*art. 2 comma 2° L. 475/1968 come modificato dal D.L. 1/2012 prevede che il numero delle farmacie è sottoposto a “revisione” entro il mese di dicembre di ogni “anno pari” in base alle rilevazioni della popolazione residente pubblicate dall'ISTAT;

in base al 1° comma “Ogni comune deve avere un numero di farmacie in rapporto a quanto disposto dall'articolo 1”;

l'art. 1 prevede che “.

“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”;

* in precedenza alla riforma 1/2012 (che ha determinato il significativo potenziamento del servizio farmaceutico) la norma prevedeva che vi dovesse essere “una farmacia ogni 5.000 abitanti nei comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti e una farmacia ogni 4.000 abitanti negli altri comuni”;

*la procedura del silenzio è attivabile sia in relazione a procedimento attivabili sia ad istanza di parte che d'ufficio, purchè sussista, come in questo caso, un evidente interesse qualificato, trattandosi di titolari di farmacie già esistenti ed operanti nel territorio comunale;

È consolidato in giurisprudenza il principio in base al quale <nel sistema di “numero chiuso” delle farmacie, ciascun titolare di farmacia abbia un interesse legittimo alla corretta determinazione del numero degli esercizi farmaceutici in ambito comunale. Da qui la legittimazione dei titolari di farmacia ad impugnare, fra l'altro, la istituzione di nuove sedi farmaceutiche. Del pari, non si può negare la loro legittimazione ad

impugnare anche il mancato esercizio del potere-dovere di ridurre il numero delle sedi farmaceutiche, qualora vi siano i presupposti per provvedere in tal senso> (CS III 27.3.2015 n. 1630, resa sempre in contenzioso riferito a La Maddalena).

In conclusione va accertato l'obbligo per il Comune di effettuare la revisione, nell'anno pari (quindi nel 2014), delle sedi farmaceutiche nel territorio, in diretta applicazione delle norme summenzionate e sulla base delle rilevazioni della popolazione residente nel comune, pubblicate dall'Istituto nazionale di statistica, con applicazione del parametro 1/3.300.

Tenuto in considerazione che sia i dati 2013 che quelli 2014 degli abitanti (11.433; 11.408) non consentono "un resto" sufficiente (1533 e 1508, inferiore alla soglia di 1650) per conservare la quarta sede, il Comune sarà tenuto a compiere l'attività revisionale, di natura sostanzialmente vincolata, per difetto del <quorum demografico> (11.550) per mantenere la sede neo istituita nel 2012 (quarta sede) e non ancora attivata, salva l'esistenza di norme peculiari di settore applicabili ai Comuni ad intenso flusso turistico.

Il Comune sarà tenuto a provvedere alla revisione biennale entro il termine di 60 giorni dalla comunicazione della presente decisione.

In caso di persistente inerzia potrà essere richiesta al Collegio la nomina di un Commissario ad acta, con istanza da notificare all'Amministrazione con specificazione degli atti assunti o non assunti.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vengono quantificate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo

accoglie come da motivazione.

Con condanna del Comune ad adottare il provvedimento di revisione delle sedi farmaceutiche, come indicato in motivazione, sulla base del parametro di cui al DL 1/2012 e dati ISTAT della popolazione.

Con riserva di nomina del Commissario ad acta in caso di perdurante inerzia.

Condanna l'Amministrazione al pagamento di euro 2.000, oltre accessori di legge, con rimborso del contributo unificato, in favore dei ricorrenti.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2015

IL SEGRETARIO

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