



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 10341 del 2014, proposto da Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Elisa Caprio, domiciliata ex lege in Roma, via Marcantonio Colonna 27;

contro

Paola Perni, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluca Piccini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G.G. Belli 39;

nei confronti

Arianna Perondi, rappresentata e difesa dagli avvocati Renata Angelini ed Aldo Lucarelli, con domicilio eletto presso lo studio legale Irti in Roma, via Andrea Vesalio N 22;

Gianni Michelotti, rappresentato e difeso dagli avvocati Renata Angelini, Aldo Lucarelli, con domicilio eletto presso lo studio Nicola Irti in Roma, via A. Vesalio N 22;

Comune di Borgorose, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 07530/2014, resa tra le parti, concernente la determinazione del direttore del Dipartimento Programmazione economica e sociale Regione Lazio 20 novembre 2012 , 9006, che ha integrato l'elenco sedi farmaceutiche disponibili e vacanti da mettere a concorso nella Regione, allegato al bando che ha indetto il concorso pubblico regionale straordinario per titoli (bando già approvato con Determinazione 118 ottobre 2012),

limitatamente all'inserimento nell'elenco della seconda sede farmaceutica di Borgorose (RI).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Paola Perni e di Arianna Perondi e di Gianni Michelotti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2017 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Elisa Caprio, Gianluca Piccinni, Renata Angelini e Aldo Lucarelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione 18 ottobre 2012, n.7698, il Direttore del Dipartimento Programmazione Economica e Sociale della Regione Lazio, in applicazione del DL n.1/2012 convertito nella legge n.27/2012, art.11, bandiva un concorso pubblico straordinario per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche disponibili per i privati e vacanti nell'ambito territoriale regionale, individuate, tra l'altro, applicando il nuovo criterio demografico, e cioè una sede farmaceutica ogni 3.300 abitanti.

Successivamente, a seguito di segnalazione dei Comuni interessati e di controlli da parte degli uffici competenti, lo stesso Direttore del Dipartimento Programmazione, con determinazione 20 novembre 2012, n.9006, rettificava in parte qua il bando con l'inserimento a concorso di altre sedi farmaceutiche, tra cui la seconda sede nel Comune di Borgorose (RI), costituita dal capoluogo e da 16 frazioni.

1.1. Avverso tale determinazione regionale 20 novembre 2012, limitatamente all'inserimento a concorso della seconda sede nel Comune di Borgorose, la farmacista Perni, quale titolare in via provvisoria di tale sede farmaceutica a Borgorose, proponeva il ricorso RG 11438/2012 al TAR Lazio, chiedendone l'annullamento, previa sospensione.

Il TAR Lazio, accogliendo il ricorso proposto dalla farmacista, con sentenza 15 luglio 2014, n.7530, annullava in parte qua la determinazione regionale 20 novembre 2012 (per difetto di istruttoria e motivazione insufficiente) nella parte in cui aveva inserito anche la

seconda sede di Borgorose nell'allegato elenco delle sedi farmaceutiche disponibili e vacanti da assegnare con il concorso straordinario.

1.2. Avverso la sentenza di primo grado n.7530/2014 la Regione Lazio ha proposto l'appello in epigrafe, chiedendone la riforma (con due articolati motivi) per errore di fatto nella valutazione dei presupposti del ricorso presentato dalla farmacista Perni e delle prospettazioni dedotte dalla medesima anche ai fini dell'interesse a ricorrere.

Con memoria 26 ottobre 2017, nell'imminenza della trattazione della causa nel merito, la Regione Lazio ha insistito per l'accoglimento dell'appello, con particolare riguardo alla circostanza che la legge n.27/2012, all'art.11, comma 3, dispone che le Regioni dovevano bandire il concorso straordinario per soli titoli per la copertura, non solo delle sedi farmaceutiche disponibili in quanto di nuova istituzione, ma anche di quelle vacanti, tra le quali (ad avviso dell'appellante) andava computata anche quella che il Comune di Borgorose aveva affidato in gestione provvisoria alla farmacista appellata.

1.3. In data 20 gennaio 2015 si è costituita la farmacista appellata, Paola Perni, che ha chiesto il rigetto dell'appello.

1.4. Con atti di costituzione, rispettivamente, del 26 novembre 2015 e del 8 ottobre 2015, sono intervenuti ad adjuvandum nel giudizio di appello (chiedendone l'accoglimento) i due farmacisti Gianni Michelotti e Arianna Perondi, che avevano già spiegato intervento adesivo al ricorso della Regione Lazio nel giudizio di primo grado, nella qualità di farmacisti che hanno partecipato al concorso straordinario per l'assegnazione, tra le altre, anche della seconda sede a Borgorose e sono residenti nella zona; con successiva memoria del 10 ottobre 2017 gli interventori hanno, poi, meglio illustrato le proprie argomentazioni difensive, con particolare riguardo al carattere provvisorio della gestione della sede farmaceutica in questione, affidata alla appellata dal Comune per la prevalente esigenza di perseguire l'interesse generale dei residenti a fruire dell'esercizio di una sede farmaceutica istituita, ma non ancora assegnata.

1.5. Con memoria in data 26 ottobre 2017 l'appellata, dopo aver eccepito preliminarmente l'inammissibilità dell'intervento adesivo all'appello della Regione per carenza di interesse, nel merito, ha puntualmente controdedotto ai motivi di impugnazione.

1.5.1. Inoltre, al fine di dare una più precisa rappresentazione del quadro contenzioso in cui si inserisce il presente giudizio, l'appellante riferisce, in fatto, che (nelle more della definizione di questo giudizio di appello) la Regione Lazio con le determinazioni 22 febbraio 2016, n.1411, e 26 febbraio 2016, n.1640, ha confermato l'inclusione della seconda sede di Borgorose nell'elenco di quelle messe a concorso, ma che tali determinazioni sono state annullate con sentenza 23 febbraio 2017, n.2736, dal TAR Lazio, che (accogliendo il ricorso proposto dalla medesima farmacista) ha richiamato il principio per cui "la convalida, con efficacia retroattiva, del provvedimento amministrativo viziato non è consentita dopo la pubblicazione della sentenza di annullamento dello stesso provvedimento da convalidare").

1.5.2. Infine il difensore, quale antistatario, ha chiesto, in caso di vittoria, la distrazione delle spese di lite a proprio favore.

1.6. Con successiva memoria in data 9 novembre 2017 l'appellata ha replicato alla memoria della Regione, ribadendo che nel caso di specie a Borgorose non sussisterebbero i presupposti per mettere a concorso la seconda sede farmaceutica sia in quanto sede non vacante, ma gestita dalla farmacista appellata a seguito di provvedimento comunale sia in quanto non sarebbe applicabile neanche il criterio demografico, atteso che, su una popolazione di soli 4.644 abitanti, non vi sarebbe capienza per istituire la seconda farmacia.

Alla pubblica udienza meglio indicata in epigrafe, uditi i difensori presenti, la causa è passata in decisione.

2. Quanto sopra premesso in fatto, in diritto la controversia concerne la contestata legittimità della Determinazione n.9006/2012 nella parte in cui il Direttore del Dipartimento Programmazione economica e sociale della Regione Lazio, tra le varie ulteriori sedi farmaceutiche messe a concorso, inseriva anche la seconda sede farmaceutica di Borgorose, integrando, in tal modo, l'elenco annesso al bando indetto con la propria precedente determinazione direttoriale n.7698 del 18 ottobre 2012,

2.1. L'appello della Regione Lazio va accolto.

Per una migliore comprensione dei vari profili controversi, è opportuno evidenziare che, nell'ambito del quadro normativo di riferimento, riveste rilievo preminente la legge

n.27/2012, che all'art.11, ha stabilito sia l'obbligo di ciascun Comune di individuare le nuove sedi farmaceutiche disponibili nel proprio ambito territoriale sia l'obbligo della Regione di bandire "il concorso straordinario per soli titoli per la copertura delle sedi farmaceutiche di nuova istituzioni e per quelle vacanti".

2.1.Nel caso di specie, poi, ai fini della pronuncia sull'appello in esame, risulta determinante l'esame di due aspetti della controversia.

Infatti, da un lato, l'art.11 della legge n.27/2012 contempla l'inserimento nel concorso straordinario non solo delle "sedi disponibili", individuate a seguito dell'applicazione del neointrodotta parametro demografico di 3.300 abitanti, ma anche di quelle che, comunque, sono "vacanti", mentre, per altro verso, la seconda sede farmaceutica di Borgorose, istituita con il criterio topografico con DGR n.387/2011, all'epoca del concorso straordinario del 2012 risultava aperta, ma affidata soltanto in gestione provvisoria alla farmacista Perni.

2.2.Tale situazione di gestione in via provvisoria trae origine dalla circostanza che il Comune di Borgorose, dopo averne sollecitato l'istituzione con il criterio topografico (trattandosi di un ente locale costituito da un capoluogo circondato da molte frazioni mal collegate tra loro), poi aveva rinunciato ad esercitare il diritto di prelazione su questa neoistituita sede.

In conseguenza il Sindaco, tenendo conto, comunque, della preminente esigenza di dare un servizio più adeguato ai cittadini, con decreto 26 aprile 2012, n.30303, ne aveva disposto l'affidamento in gestione provvisoria, cioè al di fuori del sistema della procedura concorsuale, alla farmacista Perni, individuata nell'ambito della graduatoria degli idonei al concorso bandito nel 1995 per le sedi farmaceutiche vacanti e di nuova istituzione nella provincia di Rieti, approvata con determinazione del Direttore del Dipartimento SSR 23 febbraio 2000, n.87.

2.3.Né (a differenza di quanto asserisce l'appellata) appare suscettibile di smentita la circostanza che l'affidamento in gestione provvisoria della sede in questione possa far considerare la sede già assegnata.

Infatti dagli atti emerge che, da un lato, il Sindaco ha espressamente autorizzato la farmacista Perni solo "a gestire in via provvisoria la seconda sede farmaceutica del

Comune di Borgorose (RI)”, mentre, per altro verso, appare evidente che il medesimo non avrebbe potuto assegnare formalmente la sede in questione al di fuori della prescritta procedura concorsuale ed in carenza assoluta del corrispondente autonomo potere.

2.4. Né tanto meno dagli atti risulta che la seconda sede farmaceutica di Borgorose sia stata illegittimamente messa a concorso dalla Regione (come invece deduce l'appellata) in errata applicazione del criterio demografico ridotto introdotto dalla legge n.27/2012, art.11.

In particolare (ad avviso dell'appellata) a Borgorose (oltre la prima preesistente farmacia, di cui è titolare il farmacista Perondi, ubicata nella frazione Corvaro) non ci sarebbe, comunque, la capienza per istituire una seconda farmacia, in quanto la popolazione residente al 31 dicembre 2010 (secondo i dati ISTAT) ammontava a soli 4.644 residenti, con la conseguenza che la popolazione eccedente il parametro dei 3.300 abitanti (serviti dalla prima farmacia Perondi) non risultava superiore al 50% del parametro stesso e, quindi, non risultava sufficiente per consentire l'istituzione della seconda farmacia (secondo le previsioni dell'art.11 citato).

2.5. Di poi, con ulteriore argomentazione, l'appellata rappresenta che la sede non fosse vacante, in quanto dotata di titolare (individuato avvalendosi della graduatoria del 2000 relativa all'ultimo concorso regionale espletato per l'assegnazione delle sedi in provincia di Rieti) e che, peraltro, sotto diverso profilo, la sede in questione sarebbe stata, comunque, già assegnata nel 2012 a conclusione della procedura istitutiva secondo il criterio topografico.

In particolare l'appellata deduce che lo stesso art.11, comma 3, della legge n.27/2012 avrebbe salvaguardato la propria assegnazione, in quanto, nel porre in capo alle Regioni l'obbligo di bandire (entro 60 giorni dalla ricezione dei dati da parte dei Comuni) il concorso per la copertura delle sedi di nuova istituzione e di quelle vacanti, avrebbe disposto che, comunque, fossero “fatte salve quelle per la cui assegnazione, alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, la procedura concorsuale sia stata già espletata...”.

2.5.1.L'argomentazione non è condivisibile.

Infatti (come abbiamo già detto sopra) la situazione di perfezionata assegnazione, di cui si vuole avvalere l'appellata, non trova idoneo fondamento nella circostanza che il Comune di Borgorose (dopo aver rinunciato all'esercizio della prelazione sulla sede farmaceutica in questione) abbia deliberato nel giro di mesi (aprile 2012) di autorizzare la farmacista Perni "a gestire in via provvisoria la seconda sede farmaceutica del Comune di Borgorose sotto la sua esclusiva direzione tecnica".

2.5.2. Appare, invero, evidente sia che la procedura di affidamento in gestione provvisoria non sia assimilabile ad una procedura concorsuale compiuta sia che tale gestione provvisoria non possa essere assimilata ad una definitiva assegnazione conseguente alla procedura di istituzione della sede stessa con il criterio topografico.

2.6. Al contrario, invece, non si può prescindere dal considerare che la farmacia in questione fu istituita per servire una vasta area in cui sono ubicate la maggior parte delle sedici frazioni complessive, che fanno parte del Comune di Borgorose e che la prima farmacia (autorizzata a trasferirsi da Borgorose capoluogo alla frazione Corvaro nel febbraio 2010) risulta decentrata rispetto a molte delle altre frazioni).

In conseguenza appare comprensibile che il Comune (nelle more dell'espletamento della prescritta procedura concorsuale) abbia deciso di autorizzare l'apertura della farmacia in questione, mediante l'affidamento alla appellata in regime di gestione provvisoria, al fine di perseguire, almeno in via di fatto, l'interesse generale degli abitanti a fruire di una migliore accessibilità al servizio sul territorio, posto che la preesistente prima farmacia risulta decentrata rispetto all'area su cui sono sparse le varie frazioni e che il collegamento viario non ne agevola il raggiungimento con modalità agevoli.

2.7. D'altra parte (come si rileva dagli atti) la Regione Lazio, nell'ambito della periodica revisione della pianta organica delle farmacie nella Provincia di Rieti, per l'anno 2010, proprio in considerazione dei disagi dei residenti (puntualmente rappresentati dal Comune di Borgorose con la delibera di GM 9 marzo 2010, n13) disponeva con la DGR n.387/2011 l'istituzione con il criterio topografico della seconda sede farmaceutica (ed, in seguito, prendeva atto che per l'assegnazione il Comune intendeva esercitare il relativo diritto di prelazione).

2.8. Pertanto l'appellata, quale titolare della farmacia in questione, al fine di tutelare la propria posizione di gestore provvisorio, più che censurare l'operato della Regione (che aveva, invece, l'obbligo di inserire tale sede nel concorso straordinario al fine di poterla assegnare ai farmacisti concorrenti) non poteva far altro che partecipare al concorso straordinario in questione.

2.9. In conseguenza non sussiste il dedotto difetto di istruttoria e di motivazione della impugnata DGR 20 novembre 2012, n.906, posto che la gestione provvisoria della sede farmaceutica, comunque, non poteva proseguire in via di fatto nel mentre veniva espletata la procedura concorsuale prevista dalla la legge n.27/2012 e considerato che la stessa legge n.27/2012 aveva prefissato anche la scansione temporale del concorso, fissandone la conclusione entro un anno dalla pubblicazione della legge di conversione del decreto legge n.1/2012.

2.10. Peraltro appare infondato anche il motivo che censura per genericità i sopravvenuti "rilievi" (pervenuti alla Regione in ordine all'elenco delle sedi farmaceutiche messe a concorso) richiamati nel testo approvato con la determinazione dell'ottobre 2012.

Sul punto, infatti, va evidenziato che, in realtà, il mancato inserimento della suddetta sede era stato, in primo luogo, tempestivamente segnalato dall'AUSL di Rieti, che con nota 9 luglio 2012, n.17966, aveva espressamente richiesto alla Regione Lazio "l'inserimento della sede in oggetto nel concorso di prossima istituzione", così come, in seguito, aveva fatto anche l'Ordine dei Farmacisti della Provincia di Rieti, che con la nota 22 novembre 2012, n.1400, segnalava la incongruenza del bando nella misura in cui non inseriva tra le sedi a concorso la seconda sede di Borgorose, pur risultando sede vacante, in quanto istituita con DGR Lazio n.387/2011 ed affidata in gestione provvisoria con decreto del Sindaco del Comune di Borgorose 26 aprile 2012, n.3030.

2.11. Inoltre una conferma indiretta della circostanza che la Regione Lazio nel 2012 fosse obbligata a mettere a concorso anche la sede affidata in gestione provvisoria alla farmacia appellata si riviene anche nella stessa legge n.475/1968, art.17, in cui si dispone che, ove venga assegnata con pubblico concorso una sede farmaceutica "precedentemente gestita in via provvisoria" al vincitore del concorso "fanno carico, nei confronti del cessante, tutte le obbligazioni previste dall'art.110 del testo unico delle leggi sanitarie

approvato con regio decreto 27 luglio 1934, 1265”e, quindi, anche la relativa di indennità di avviamento, che, nel caso di specie, spetta alla farmacista affidataria provvisoria.

3. Per economia di mezzi resta assorbito l’esame di ogni altra censura o profilo dal quale l’appellante non trarrebbe maggior vantaggio, così come per analoghe ragioni il Collegio si ritiene esonerato dall’esame dell’eccezione con cui l’appellata ha dedotto l’inammissibilità per carenza di interesse, dell’intervento adesivo all’appello della Regione Lazio, svolto dai farmacisti Gianni Michelotti ed Arianna Perondi.

4. In conclusione, quindi, l’appello della Regione Lazio va accolto e per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso proposto dalla farmacista Paola Perni va respinto.

Considerato che la sede farmaceutica in questione è stata oggetto di un lungo contenzioso, con esiti di segno non uniforme, sussistono valide ragioni per compensare integralmente tra le parti le spese di lite per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), accoglie l’appello in epigrafe e per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado dalla attuale appellata.

Spese di entrambi i gradi di giudizio compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2017 con l’intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

L'ESTENSORE

Lydia Ada Orsola Spiezia

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO