

Pubblicato il 20/12/2017

N. 02094/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00159/2015 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 Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 159 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da Licursi Carlo, rappresentato e difeso dall'avv. Cesare Greco, domiciliato presso la Segreteria del Tribunale ai sensi dell'art. 25 c.p.a.;

contro

- la Regione Calabria, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Manna, presso il quale è domiciliata in Catanzaro;
- il Comune di Fuscaldo, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Anna Maria Mazza, domiciliato presso la Segreteria del Tribunale ai sensi dell'art. 25 c.p.a.;
- l'Azienda sanitaria provinciale di Cosenza, non costituita in giudizio;
- l'Ordine provinciale dei farmacisti di Cosenza, non costituito in giudizio;

per la dichiarazione di illegittimità

del silenzio serbato dalla Regione Calabria e dal Comune di Fuscaldo in relazione all'atto di significazione notificato il 6 giugno 2014;
nonché, con motivi aggiunti, per l'annullamento

- della delibera n. 36 del 20 maggio 2015 della Giunta comunale di Fuscaldo, di conferma della pianta organica delle sedi farmaceutiche, del sotteso certificato del 19 maggio 2015 dell'ufficiale d'anagrafe e della planimetria allegata;
- della delibera n. 345 del 27 settembre 2016 della Giunta regionale della Calabria, di conferma delle sedi farmaceutiche di Fuscaldo e per l'inserimento della terza sede farmaceutica del Comune di Fuscaldo nell'elenco delle sedi *sub indice*;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Fuscaldo e della Regione Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica dell'8 novembre 2017 il dott. Giovanni Iannini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato il 30 gennaio 2015 il dr. Carlo Licursi, titolare del diritto d'esercizio afferente la sede farmaceutica n. 2 del Comune di Fuscaldo, ha adito il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria chiedendo l'accertamento dell'obbligo di provvedere e l'illegittimità del silenzio serbato sulle diffide notificate in data 6 giugno 2014.

Con tali atti l'istante ha diffidato la Regione Calabria ad annullare la deliberazione della Giunta regionale n. 1 del 4 gennaio 2013, nella parte in cui ha posto a concorso, tra le altre, la terza sede farmaceutica del Comune di Fuscaldo, nonché il Comune di Fuscaldo ad annullare la deliberazione comunale n. 14 del 23 aprile 2012 recante l'istituzione della sede farmaceutica. Ha, inoltre, diffidato la Regione Calabria, il Comune di Fuscaldo, l'Azienda sanitaria provinciale di Cosenza, l'Ordine provinciale dei farmacisti di

Cosenza a dar corso agli adempimenti istruttori e a dare impulso al procedimento di cui all'art. 2 della legge 2 aprile 1968 n. 475, nel testo modificato dalla legge n. 27/2012.

Si sono costituiti la Regione Calabria e il Comune di Fuscaldo, deducendo l'infondatezza del ricorso.

L'Azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti non si sono costituiti in giudizio.

2. Con deliberazione n. 36 del 20 maggio 2015 la Giunta comunale di Fuscaldo, preso atto del certificato dell'ufficiale di anagrafe, secondo la quale la popolazione del Comune alla data del 31 dicembre 2013 è di 8.308 residenti, ha confermato la terza sede farmaceutica del Comune di Fuscaldo, istituita con delibera n. 14 del 23 aprile 2012 della stessa Giunta.

Il dr. Licursi ha proposto ricorso per motivi aggiunti e ha impugnato il provvedimento comunale, chiedendo l'annullamento del provvedimento e del sotteso certificato emesso in data 19 maggio 2015 dall'ufficiale d'anagrafe.

Il ricorrente ha lamentato la carenza di istruttoria a base del provvedimento, rilevando una contraddizione tra i dati risultanti dal certificato dall'anagrafe comunale, da cui risulta una popolazione di 8.269 abitanti alla data del 31 dicembre 2013, e i dati ISTAT, per i quali i residenti a quella data sono 8.153.

Il dr. Licursi ha rilevato, in proposito, che il Comune di Fuscaldo e la Regione Calabria avrebbero dovuto attuare le disposizioni contenute nella Legge n. 475/1968 e nella l.r. n. 18/1990, procedendo alla revisione della pianta organica delle sedi farmaceutiche in forza delle rilevazioni della popolazione residente secondo i dati ufficiali pubblicati dall'Istat. Ha osservato, ancora, che il quorum richiesto per l'istituzione della terza sede farmaceutica di 8.250 abitanti non è mai stato raggiunto dal 31 ottobre 2011 in poi. Secondo il ricorrente la terza sede, non ancora assegnata ed aperta al pubblico, si sarebbe dovuta sopprimere, mediante procedimento di revisione della pianta organica delle sedi farmaceutiche, in quanto divenuta soprannumeraria.

La Regione Calabria ha prodotto memoria, sollevando, innanzi tutto, eccezione di giudicato, in quanto sulle questioni dedotte si sarebbe già pronunciato l'adito Tribunale con sentenza n. 726/2013, confermata in appello. Altra eccezione sollevata dalla difesa dell'Ente attiene all'omessa impugnazione della delibera n. 1/2013 della Giunta regionale, con la quale sono state messe a concorso le sedi farmaceutiche.

La Regione ha, comunque dedotto l'infondatezza del ricorso.

Anche il Comune di Fuscaldo ha prodotto memoria, rilevando l'inammissibilità del ricorso, in quanto rivolto avverso atto endoprocedimentale, e deducendone l'infondatezza.

Con ordinanza n. 339 del 3 settembre 2015 è stata respinta l'istanza cautelare proposto con il ricorso per motivi aggiunti.

3. Con delibera n. 345 del 27 settembre 2016 la Giunta regionale ha approvato l'elenco delle sedi farmaceutiche disponibili disponibili per il pubblico concorso bandito con D.G.R. n. 1 del 4 gennaio 2013, nel quale risulta inserita la terza sede del Comune di Fuscaldo.

Il dr. Licursi, con ricorso per motivi aggiunti, ha esteso l'impugnazione a tale provvedimento, riproponendo le censure già dedotte con i motivi aggiunti proposti avverso la richiamata delibera comunale.

La Regione Calabria e il Comune di Fuscaldo hanno presentato memorie, con cui hanno dedotto l'infondatezza delle deduzione avversarie.

Con ordinanza n. 553 dell'1 dicembre 2016 è stata respinta la domanda cautelare proposta con il ricorso per motivi aggiunti.

In conseguenza della riattivazione della procedura di interpello da parte della Regione Calabria, nell'ambito della procedura di assegnazione delle sedi farmaceutiche il ricorrente ha proposto ulteriore istanza cautelare, che è stata respinta con ordinanza n. 227 del 22 giugno 2017.

Le parti hanno presentato memorie.

4. Alla pubblica udienza dell'8 novembre 2017 il Collegio ha rilevato d'ufficio che si sarebbe potuta rilevare l'improcedibilità del ricorso introduttivo rivolto

ad ottenere la dichiarazione di illegittimità del silenzio rifiuto e che le questioni poste con il ricorso e i motivi aggiunti avrebbero potuto risultare, in tutto o in parte, coperte da giudicato derivante dalla sentenza n. 726/2013, confermata in appello. La causa è stata, quindi, assegnata in decisione.

DIRITTO

5. In via preliminare deve essere dichiarata l'improcedibilità del ricorso introduttivo, volto alla dichiarazione di illegittimità del silenzio serbato in relazione alle diffide rivolte all'annullamento della deliberazione della Giunta regionale n. 1 del 4 gennaio 2013, nella parte in cui ha posto a concorso, tra le altre, la terza sede farmaceutica del Comune di Fuscaldo, nonché all'annullamento della deliberazione n. 14 del 23 aprile 2012 della Giunta comunale di Fuscaldo, recante l'istituzione della sede farmaceutica, e a ottenere che fosse dato impulso al procedimento di cui all'art. 2 della legge 2 aprile 1968 n. 475, nel testo modificato dalla legge n. 27/2012.

Non persiste, infatti, interesse alla decisione, giacché, successivamente alla proposizione del ricorso, il Comune di Fuscaldo e la Regione Calabria hanno emesso provvedimenti, oggetto di gravame con i motivi aggiunti, con i quali hanno statuito in senso difforme rispetto a quanto auspicato dal ricorrente dr. Licursi.

6. Esigenze di chiarezza espositiva impongono di fare un passo indietro e di richiamare brevemente le vicende che hanno preceduto quelle oggetto del presente giudizio.

L'art. 11 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012 n. 7, nel testo vigente all'epoca della conversione statuiva: *"1. 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 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»(Omissis).

c) l'articolo 2 è sostituito dal seguente:

(Omissis)

2. Ciascun comune, sulla base dei dati ISTAT sulla popolazione residente al 31 dicembre 2010 e dei parametri di cui al comma 1, individua le nuove sedi farmaceutiche disponibili nel proprio territorio e invia i dati alla regione entro e non oltre trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto (Omissis)».

7. La Giunta comunale di Fuscaldo, con la delibera n. 14 del 23 aprile 2012, ha istituito una nuova sede farmaceutica nella frazione Scarcelli, sulla base di certificazione dell'anagrafe comunale che ha attestato che la popolazione residente al 31 dicembre 2010 era di 8.335 abitanti.

Ai fini dell'istituzione della terza sede farmaceutica il Comune si è avvalso della previsione secondo cui 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 ($8.335 - 6.600 = 1.735 > \text{di } 1.650$, pari quest'ultimo numero al 50% del parametro).

Il dr. Licursi ha impugnato la delibera n. 14 del 23 aprile 2012, contestando, tra l'altro, la sussistenza del requisito demografico.

Il Tribunale con sentenza n. 726 del 26 giugno 2013 ha rigettato il ricorso, avendo ritenuto, tra le altre cose, l'infondatezza delle censure attinenti alla determinazione del requisito anagrafico, giacché il dato anagrafico risultante dalla certificazione dell'anagrafe (8.335 abitanti al 31 dicembre 2010) era pressoché identico al dato Istat (8.334 abitanti).

La sentenza è stata confermata in appello (Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2014 n. 1363).

8. Come premesso nell'esposizione in fatto il dr. Licursi ha adottato un'ulteriore iniziativa, giacché, in data 6 giugno 2014, ha diffidato la Regione ad annullare la deliberazione della Giunta regionale n. 1 del 4 gennaio 2013, nella parte in cui ha posto a concorso, tra le altre, la terza sede farmaceutica del Comune di Fuscaldo. Ha, altresì, diffidato il Comune di Fuscaldo ad annullare la deliberazione comunale n. 14 del 23 aprile 2012, che ha istituito la terza sede farmaceutica. Ha, infine, diffidato la Regione Calabria, il Comune di Fuscaldo, l'Azienda sanitaria provinciale di Cosenza, l'Ordine provinciale dei farmacisti di Cosenza a compiere i necessari atti istruttori e ad attivare il procedimento di revisione della pianta organica delle farmacie per l'anno 2012, in relazione ai dati Istat al 31 dicembre 2011, nonché il procedimento della pianta organica per l'anno 2014, in relazione ai dati Istat al 31 dicembre 2013.

Le tesi del ricorrente - già esposte nel ricorso volto alla dichiarazione di illegittimità del silenzio e riprese ed ampliate nei motivi aggiunti proposti avverso la delibera n. 36 del 20 maggio 2015 della Giunta comunale di Fuscaldo, di conferma della pianta organica delle sedi farmaceutiche e la delibera n. 345 del 27 settembre 2016 della Giunta regionale della Calabria, di conferma delle sedi farmaceutiche di Fuscaldo - possono essere sintetizzate nel seguente modo:

- con D.P.R. 9 novembre 2012 sono stati pubblicati i dati ufficiali del censimento generale della popolazione, che indicano in 8.072 abitanti la popolazione del Comune di Fuscaldo, alla data del 9 novembre 2011;
- in base ai dati ufficiali Istat la popolazione del Comune:
 - a) al 31 dicembre 2011 era di 8.066 residenti;
 - b) al 31 dicembre 2012 era di 8.108 residenti;
 - c) al 31 dicembre 2013 era di 8.153 residenti;
- il quorum di 8.250 abitanti, necessario ai fini dell'istituzione della terza farmacia, in base ai parametri di cui al d.l. n. 1/2012, non è mai stato superato;

- il quorum non è stato superato neanche il 31 dicembre 2010, data di riferimento della legge n. 27/2012, giacché la popolazione residente a tale data era pari a 8.062;
- ai sensi dell'art. 2, comma 2, della legge 2 aprile 1968 n. 475 *“Il numero di farmacie spettanti a ciascun comune è sottoposto a revisione entro il mese di dicembre di ogni anno pari, in base alle rilevazioni della popolazione residente nel comune, pubblicate dall'Istituto nazionale di statistica”*;
- la terza sede farmaceutica è, pertanto, soprannumeraria e deve essere soppressa nell'ambito del procedimento di revisione da effettuare negli anni pari, esclusivamente sulla base delle risultanze dei dati Istat, essendo ancora in corso il procedimento concorsuale per l'assegnazione di essa;
- l'istruttoria alla base della delibera n. 36 del 20 maggio 2015 della Giunta comunale di Fuscaldo, che ha confermato la terza sede farmaceutica, ed il sotteso certificato del 19 maggio 2015 dell'ufficiale di anagrafe, che ha attestato una popolazione residente pari a 8.308, sarebbe carente e contraddittoria, risultando da essa un dato inattendibile e contrastante con altri atti emessi dallo stesso ufficio anagrafe;
- i menzionati vizi determinerebbero, altresì, l'illegittimità della delibera n. 345 del 27 settembre 2016 della Giunta regionale, che, anziché inserire la terza sede farmaceutica di Fuscaldo tra quelle sub iudice, ha confermato tale sede tra quelle messe a concorso.

9. Va rilevata l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione della delibera n. 1/2013 della Giunta regionale, con la quale sono state messe a concorso le sedi farmaceutiche.

Come si dirà di qui a poco, oggetto del contendere è la legittimità degli atti impugnati, in dipendenza dell'esistenza o meno dell'obbligo di procedere alla revisione delle sedi farmaceutiche. Tale obbligo, se sussistente, deve essere valutato alla luce del dato della popolazione nell'anno 2013 e si è potuto porre per la prima volta nell'anno 2014, che è il primo anno pari successivo alle modifiche introdotte dal d.l. n. 1/2012.

La legittimità della delibera in questione, adottata nell'anno 2013, non viene proprio in considerazione.

Fuori discussione, d'altra parte, la legittimazione e l'interesse a ricorrere del dr. Licursi. Egli, in quanto titolare di sede farmaceutica nel Comune di Fuscaldo, è titolare di una posizione qualificata e differenziata, che risulta lesa dall'atto implicante la mancata revisione della "pianta organica" delle farmacia e dagli atti della Regione basati sulla persistente previsione di una terza sede farmaceutica.

10. Può procedersi all'esame unitario delle argomentazioni a base del gravame, in considerazione della sostanziale omogeneità di esse.

10.1 Un primo punto fermo è che, in questa sede, non può essere posta in discussione la legittimità della deliberazione n. 14 del 23 aprile 2012 della Giunta comunale di Fuscaldo e, quindi, la sussistenza, alla data del 31 dicembre 2010, del parametro che ha consentito al Comune di Fuscaldo di istituire la terza sede farmaceutica.

Si tratta, infatti, di questione ormai coperta da giudicato, derivante dalle richiamate pronunce che hanno ritenuto esente dai vizi dedotti la deliberazione in questione.

Ne deriva, altresì, che un eventuale atto di autotutela concernente la delibera ora richiamata, pure invocato dall'odierno ricorrente, dovrebbe fare i conti con il giudicato, in forza del quale i vizi oggi rilevati dal ricorrente non sono sussistenti.

10.2 La questione che ora si pone, quindi, è solo quella attinente all'esistenza o meno dell'obbligo di procedere alla revisione della pianta organica nell'anno 2014, con soppressione della sede non ancora assegnata, una volta accertato che alla data del 31 dicembre 2013 non sussisteva il quorum necessario per l'istituzione della terza sede farmaceutica (6.600 + il 50% del parametro di 3.300 abitanti per ogni sede farmaceutica). Alla stregua delle previsioni dell'art. 2 del d.l. n. 1/2012, il quorum per l'istituzione di una terza sede coincide con 8.250 abitanti (6.600 + 1650).

10.2.1 La giurisprudenza ha già avuto modo di occuparsi del nuovo assetto normativo della materia, conseguente all'entrata in vigore del d.l. n. 1/2012.

Tra gli aspetti salienti della nuova disciplina sono stati messi in evidenza l'eliminazione di ogni riferimento a un atto tipico denominato pianta organica (Cons. Stato, sez. III; 27 ottobre 2016 n. 4525, che ha tuttavia notato che nulla vieta di continuare a usare tale nome) e la configurazione di tale atto di pianificazione generale, non più come atto complesso che si perfeziona con l'intervento della regione, ma come atto di esclusiva competenza del comune e, segnatamente, della giunta comunale (Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2015 n. 5607).

10.2.2 Altro aspetto rilevante, che assume valenza decisiva in questa sede, è la configurazione dell'atto di revisione biennale di quella che per comodità può continuare a denominarsi "pianta organica", come atto di natura vincolata. Il comune una volta constatato un decremento demografico che abbia condotto la popolazione al di sotto dei parametri dell'art. 2 della legge n. 475/1968, nel testo oggi vigente, deve procedere alla revisione entro il mese di dicembre dell'anno pari successivo a quello in cui si è verificato il decremento, con eventuale soppressione delle sedi previste, che non siano ancora state assegnate (Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2017 n. 652). In modo opposto, ovviamente, il comune deve operare allorché si sia verificato un incremento della popolazione, che abbia comportato il superamento dei parametri di cui sopra.

10.2.3 La norma in questione è, poi, estremamente chiara nel legare la revisione alle rilevazioni della popolazione residente nel comune, pubblicate dall'Istituto nazionale di statistica.

Tale previsione parrebbe dovuta all'intento di legare l'obbligo di revisione a dati obiettivamente riscontrabili, evitando il riferimento a rilevazioni effettuate dai comuni. Questi ultimi, indubbiamente, dispongono di dati più aggiornati, dovendo essi curare i compiti relativi all'anagrafe. È chiaro, tuttavia, che tali rilevazioni possono condurre a risultati diversi in base ai

criteri di volta in volta utilizzati, come del resto dimostrato dalla vicenda oggetto del presente giudizio.

10.2.4 Nel caso oggetto del presente giudizio la conferma della terza sede ad opera della delibera n. 36 del 20 maggio 2015 della Giunta comunale di Fuscaldo è avvenuta sulla base dell'attestazione dell'ufficiale d'anagrafe, per la quale la popolazione residente alla data del 31 dicembre 2013 risultava di 8.269 abitanti. Quindi, una popolazione superiore al quorum minimo di 8.250, necessario ai fini dell'istituzione della terza sede farmaceutica.

Tale dato, tuttavia, non coincide con le rilevazioni dell'Istat, prodotte da parte ricorrente e non specificamente contestate dalle parti resistenti, per le quali la popolazione residente al 31 dicembre 2013 era di 8.153 abitanti, che è un dato inferiore all'indicato quorum minimo.

10.2.5 Quanto sopra avrebbe comportato l'obbligo del Comune di Fuscaldo di procedere alla revisione del numero delle sedi, con la soppressione della terza sede farmaceutica, non ancora assegnata.

Il Comune, invece, con la delibera impugnata in questa sede, adottata nel corso dell'anno 2015, ha ritenuto di confermare la terza sede farmaceutica. Tale atto, tuttavia, per quanto sopra specificato, deve considerarsi illegittimo.

11. In conclusione, deve essere dichiarata l'improcedibilità del ricorso introduttivo, teso a far valere l'illegittimità del silenzio serbato da parti dei soggetti destinatari delle diffide di cui sopra.

In accoglimento del primo ricorso ricorso per motivi aggiunti, deve essere annullata la delibera n. 36 del 20 maggio 2015 della Giunta comunale di Fuscaldo. Ciò comporta l'illegittimità in via derivata della delibera n. 345 del 27 settembre 2016, con la quale la Giunta regionale ha approvato l'elenco delle sedi farmaceutiche disponibili per il pubblico concorso bandito con D.G.R. n. 1 del 4 gennaio 2013, nella sola parte in cui essa ha contemplato tra tali sedi assegnabili la terza sede del Comune di Fuscaldo. In accoglimento del secondo ricorso per motivi aggiunti, tale ultima delibera deve essere, pertanto, annullata limitatamente a tale parte.

Le spese del giudizio, da liquidare in favore del ricorrente, devono essere poste a carico del Comune di Fuscaldo e della Regione Calabria.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima)

- dichiara improcedibile il ricorso introduttivo, volto alla dichiarazione dell'illegittimità del silenzio serbato dalle amministrazioni intimate;
- accoglie il primo ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla la delibera n. 36 del 20 maggio 2015 della Giunta comunale di Fuscaldo;
- accoglie il secondo ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla la delibera n. 345 del 27 settembre 2016 della Giunta regionale della Calabria, relativa all'approvazione dell'elenco delle sedi farmaceutiche disponibili per il pubblico concorso bandito con D.G.R. n. 1 del 4 gennaio 2013, nella sola parte in cui essa ha contemplato tra tali sedi la terza sede del Comune di Fuscaldo.

Condanna la Regione Calabria e il Comune di Fuscaldo alla rifusione in favore del ricorrente di spese e competenze del giudizio, che liquida in complessivi € 3.500,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nelle camere di consiglio dei giorni 8 novembre 2017, 15 dicembre 2017, con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere, Estensore

Germana Lo Sapio, Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Iannini

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO