

Pubblicato il 04/06/2020

N. 00413/2020REG.PROV.COLL.

N. 00833/2016 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

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE  
SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 833 del 2016, proposto da OMISSIS s.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Buscaglia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo Vassallo in Palermo, via Dante, n. 55;

***contro***

Comune di Agrigento, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Rita Salvago, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Michele Roccella in Palermo, piazza Marina, n. 19;

***nei confronti***

Regione Sicilia Assessorato della salute, in persona dell'assessore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato presso la cui sede distrettuale è domiciliata per legge, in Palermo, via Valerio Villareale, n. 6; Azienda sanitaria provinciale di Agrigento, in persona del legale rappresentante *pro*

*tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello, n. 40; Ordine dei Farmacisti della Provincia di Agrigento non costituito in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza) n. 18/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Agrigento e della Regione Sicilia, Assessorato della salute e della Azienda sanitaria provinciale di Agrigento;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84 del d.l. 18/2020 convertito, con modificazioni, dalla l. 27/2020;

Relatore nell'udienza di smaltimento dell'arretrato del giorno 29 maggio 2020 - svoltasi da remoto in video conferenza senza discussione orale - il Cons. Giuseppe Verde;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. La società "OMISSIS" s.n.c., titolare di una farmacia ubicata ad Agrigento nel viale della Vittoria n. 149, si rivolgeva al Tar chiedendo l'annullamento della determinazione sindacale n. 79 del 27 aprile 2012, avente ad oggetto l'identificazione delle nuove sedi farmaceutiche, nella parte in cui ne colloca una ad est della città nella zona compresa tra il quartiere San Vito e Bonamorone sull'asse viario da via Giovanni XXIII a via Demetra.

2. L'originaria ricorrente indicava nel ricorso introduttivo (pag. 5) 11 motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 2 l. n. 475/1968, come modificato dall'art. 11 d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012;

2) eccesso di potere per illogicità manifesta;

- 3) eccesso di potere per contraddittorietà con precedenti determinazioni;
- 4) eccesso di potere per carenza assoluta di istruttoria;
- 5) violazione del criterio di attualità del dato demografico;
- 6) eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto;
- 7) eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica;
- 8) violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 - carenza assoluta di motivazione;
- 9) eccesso di potere per disparità di trattamento e sperequazione;
- 10) violazione e falsa applicazione dell'art. 1 l. n. 475/1968, come modificato dall'art. 11 d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012;
- 11) violazione dei principi di equa distribuzione, di più ampia accessibilità e massima fruizione del servizio farmaceutico) il cui senso veniva esposto nell'articolazione di un unico ragionamento teso a contestare la legittimità del provvedimento gravato. La ricorrente avanzava domanda risarcitoria.

3. Dinanzi al Tar si costituivano l'Assessorato regionale e l'Azienda sanitaria provinciale. Non si costituiva in primo grado l'intimato Comune di Agrigento.

4. Il Tar ha:

- accolto l'eccezione di difetto di legittimazione passiva dell'Assessorato regionale della salute sollevata oralmente in udienza dalla difesa erariale;
- rilevato la tardività della censura di incompetenza relativa dedotta oralmente in udienza dal difensore della ricorrente, in quanto motivo nuovo proposto tardivamente oltre 60 giorni dalla conoscenza del provvedimento;
- respinto nel merito il ricorso.

Il Tar, muovendo dal tenore letterale delle disposizioni applicabili al caso di specie, ha ricostruito *i limiti che il legislatore pone al Comune nell'individuazione delle nuove sedi farmaceutiche sono: il parametro della popolazione, in base al quale deve tendenzialmente aversi una farmacia ogni 3.300 abitanti; l'esigenza di un'equa distribuzione territoriale; la necessità di garantire il servizio anche nelle zone a bassa densità abitativa, precisando che di tratta di*

*una determinazione altamente discrezionale sindacabile in sede giurisdizionale esclusivamente sotto il profilo dell'errore di fatto o della palese irragionevolezza.*

Secondo il Tar i dedotti vizi (errore di fatto o palese irragionevolezza) non sussistono perché:

- l'affermazione secondo la quale esisterebbero in zona altre 3 farmacie, le quali garantirebbero adeguatamente il servizio e il rispetto del parametro demografico, è estremamente generica, dato che non se ne indica nemmeno il nome;
- la farmacia ricorrente (come ammesso a pagina 4 dell'atto introduttivo) non è, peraltro, ubicata nell'asse che va da via Giovanni XXIII a via Demetra, costituente il riferimento per l'individuazione della nuova zona, ma nel viale della Vittoria, che lo interseca;
- può ipotizzarsi una mera contiguità territoriale tra le due farmacie;
- la possibilità che la nuova sede farmaceutica possa sottrarre clientela a quella preesistente del ricorrente ubicata in zona limitrofa non costituisce di per sé solo motivo d'illegittimità della individuazione relativa scelta;
- in riferimento all'opportunità di individuare una nuova sede farmaceutica in una zona con servizio carente, *trattasi di valutazioni politiche rimesse al Comune; scelte che, oltre a non apparire (allo stato degli atti) di per sé manifestamente illogiche, la ricorrente, in quanto collocata in altra zona, non ha interesse a censurare;*
- corretto risulta *per tabulas* l'utilizzo delle rilevazioni Istat 2003;
- il provvedimento gravato – diversamente da come asserito dalla ricorrente – è assistito da adeguata motivazione anche per come è disatteso il parere contrario espresso dall'Ordine dei farmacisti.

5. Il ricorso in appello critica la sentenza gravata per:

- 1) erroneità ed insufficienza della motivazione della sentenza appellata per travisamento dei fatti ed errata qualificazione giuridica della funzione amministrativa controversa;

- 2) contraddittorietà della motivazione della sentenza appellata;
- 3) illogicità ed irragionevolezza della motivazione della sentenza appellata;
- 4) eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica.

5.1. Parte appellante nell'espone le ragioni che giustificerebbero, in riforma della sentenza gravata, l'accoglimento del ricorso introduttivo, contesta la ricostruzione del Tar sulla natura discrezionale del potere esercitato con il provvedimento gravato rispetto al quale erano state mosse censure precise,

- in merito alla violazione del criterio demografico: il provvedimento mostrerebbe *un gravissimo ed irrimediabile deficit istruttorio e motivazionale accusato dal Comune di Agrigento sul piano delle valutazioni demografiche necessariamente presupposte alla determinazione di localizzazione delle nuove sedi;*

- in merito alla violazione del criterio topografico: *è di tutta evidenza che la zona farmaceutica appartenente all'odierna appellante non può che rimanere letteralmente stravolta ed assorbita dalla nuova zona come sopra individuata nel caso di specie mancherebbe un'equa distribuzione sul territorio delle farmacie;*

- il provvedimento gravato è sindacabile *sotto il profilo motivazionale ovvero dell'irrazionalità manifesta* dimostrato dal complessivo determinarsi del Comune appellato.

5.2. Parte appellante si duole della sentenza gravata anche per aver ritenuto inammissibile perché tardiva la censura esposta al ricorrente nel corso dell'udienza pubblica di trattazione della lite dinanzi al Tar. L'appellante asserisce che il provvedimento gravato sarebbe affetto da nullità in quanto adottato in carenza assoluta di potere (*ex art. 21 septies l. 241/1990*). Sostiene, pertanto, che detto provvedimento *può e deve essere sempre dichiarato nullo d'ufficio dal Giudice amministrativo, atteso che per in virtù dei generali principi del processo amministrativo e per l'effetto dell'art. 31 c.p.a. la nullità è sempre rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo.*

Tale censura sarebbe stata tempestivamente dedotta in quanto sarebbe contenuta nella denunciata violazione dell'art. 2 l. n. 475/1968, come modificato dall'art. 11 d.l. n. 1/2012.

6. In data 13 settembre 2016 si è costituito in appello l'Assessorato regionale, che nella successiva memoria dell'8 aprile 2020 ha rilevato che il capo della sentenza di primo grado che ha disposto sul difetto di legittimazione passiva dell'Amministrazione regionale non risulta gravato e sarebbe quindi divenuto immodificabile.

7. In data 16 ottobre 2017 si è costituito in appello il Comune di Agrigento.

8. Il 17 ottobre 2017 parte appellante ha chiesto la sospensione dell'esecutività della sentenza gravata depositando apposita istanza autonoma con cui invoca detta misura cautelare.

9. In data 9 novembre 2017 si è costituita in appello l'Azienda sanitaria provinciale, che nella successiva memoria dell'11 novembre 2017 ha esposto le ragioni per le quali l'appello sarebbe inammissibile e comunque infondato.

10. Il Comune di Agrigento con la memoria dell'11 novembre 2017 ha preso posizione esponendo le ragioni per le quali la sentenza gravata, disattese le doglianze dell'appellante, deve essere confermata.

11. Parte appellante e l'Azienda sanitaria provinciale hanno scambiato ulteriori memorie nelle quali hanno ancor meglio esposte le rispettive tesi.

12. Un cenno merita per completezza l'ordinanza cautelare del CGA n. 747 del 2017 che ha respinto l'invocata misura cautelare con la seguente motivazione:

*“Considerato che a un primo esame tipico della fase cautelare i motivi dedotti non sembrano in grado di sovvertire quanto deciso in primo grado con riferimento all'insussistenza dei vizi dedotti a carico del provvedimento dell'amministrazione comunale impugnato;*

*Ritenuto il ricorso non sembra assistito dal prescritto fumus boni iuris;*

*Considerato che non ricorre il presupposto del periculum”.*

13. Nel corso dell'udienza di smaltimento dell'arretrato - svoltasi da remoto in video conferenza e senza discussione orale - del 29 maggio 2020 la causa è stata posta in decisione.

14. Preliminarmente il Collegio rileva che non risulta gravato il capo della sentenza impugnata che ha accolto l'eccezione sollevata dall'Assessorato della salute circa il difetto di legittimazione passiva dell'Amministrazione regionale. Ne consegue che detta statuizione è ormai divenuta incontestabile.

15. L'appello è infondato.

15.1. Giova in punto di diritto soffermarsi sulla *ratio* della disciplina che regola la fattispecie, la natura dei poteri dell'Amministrazione comunale nella individuazione delle nuove sedi farmaceutiche, e il tipo di istruttoria su cui deve basarsi tale individuazione.

Gli artt. 1 e 2, l. n. 475/1968 come novellati dall'art. 11 d.l. n. 1 del 2012 (convertito nella l. n. 27 del 2012) si propongono *“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”*.

A tale scopo:

*“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”* (art. 1);

*“Ogni comune deve avere un numero di farmacie in rapporto a quanto disposto dall'articolo 1. Al fine di assicurare una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico, il comune, 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* (art. 2, comma 1).

Per quel che attiene alla *ratio* dell'art. 11, lo scopo della previsione normativa non è quello del massimo decentramento delle sedi farmaceutiche, a rischio di istituire nuove sedi che non abbiano una zona di competenza tale da garantirne la loro sopravvivenza, ma quello di aumentare l'accessibilità all'assistenza farmaceutica in favore del maggior numero di abitanti possibile. La finalità-esigenza di poter servire meglio e adeguatamente aree isolate e/o scarsamente abitate va quindi necessariamente coniugata con quella di garantire la maggiore accessibilità al servizio farmaceutico da parte della maggioranza degli abitanti del Comune, in un'ottica complessiva che considera l'intero territorio comunale, rispetto al quale, in concreto, va compiuta la valutazione sul grado di accessibilità all'assistenza farmaceutica (Cons. St., sez. III, n. 5446 del 2017).

Riguardo alla *natura dei poteri esercitati* dall'Amministrazione comunale è stato più volte ribadito che le scelte spettanti al Comune in *subiecta materia* sono permeate da discrezionalità, venendo in rilievo molteplici e non sempre convergenti interessi, di cui compete all'Amministrazione l'attenta ponderazione e conciliazione, in coerenza con la specificità di ogni singola realtà territoriale e con le esigenze che essa esprime (Cons. St., sez. III, n. 473 del 2018).

In questi casi, in presenza di discrezionalità amministrativa - e non tecnica - il sindacato del giudice amministrativo è di tipo estrinseco e deve arrestarsi non solo dinanzi alle scelte equivalenti, ma anche dinanzi a quelle meno attendibili, purché non irragionevoli (Cons. St., III, n. 2539 del 2017).

Quanto al *tipo di istruttoria necessaria* per l'individuazione di nuove sedi farmaceutiche, la garanzia di "una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico", per come prevista dall'art. 11, comma 1, d.l. n. 1/2012, esige che le piante organiche delle farmacie siano deliberate, in ossequio ai nuovi parametri stabiliti dalla suddetta disposizione, sulla base di informazioni esaurienti ed attuali

circa la distribuzione in tutto il territorio comunale del fabbisogno inerente il servizio in questione.

In difetto dell'acquisizione istruttoria di tutti i dati statistici necessari a deliberare una zonizzazione informata e coerente con l'interesse generale alla più capillare distribuzione del servizio farmaceutico sul territorio, le scelte localizzative delle nuove sedi farmaceutiche, ancorché connotate dall'ampia discrezionalità sopra ricordata, devono intendersi, in ogni caso, inficiate da una grave ed insanabile carenza informativa sulla situazione demografica e territoriale su cui è destinata incidere la perimetrazione dei bacini d'utenza delle sedi di nuova istituzione (Cons. St., sez. III, n. 2827 del 2016).

15.2. Il Collegio ritiene che le doglianze dedotte in appello debbano essere scrutinate muovendo dai condivisi principi giurisprudenziali richiamati.

16. Possono essere trattate congiuntamente le censure con cui parte appellante deduce l'erroneità della sentenza gravata asserendone l'erroneità in punto di travisamento dei fatti, di contraddittorietà della motivazione e di illogicità in riferimento al criterio demografico, a quello topografico e al difetto di motivazione.

16.1. Esse sono infondate.

L'Amministrazione comunale esercita poteri caratterizzati da ampia discrezionalità, che nella specie è stata esercitata in modo ragionevole e immune da vizi di travisamento, difetto di istruttoria, illogicità. Dal contenuto del provvedimento gravato emerge con la dovuta contezza che:

- non sussiste alcun vizio riconducibile ad un'erronea valutazione del criterio demografico, atteso che il provvedimento gravato precisa che *“con nota prot. n. 660 sett. III del 20/4/2012 l'Ufficiale di anagrafe del Comune di Agrigento ha certificato che la popolazione residente del Comune di Agrigento alla data del 31/12/2010 consisteva in n. 59.175 per cui il numero di autorizzazioni per l'apertura delle farmacie risulta essere pari a*

17,93 (18) (diciotto) e conseguentemente occorre provvedere all'istituzione di ulteriori tre nuove sedi oltre a quelle previste nel piano farmacie approvato con il citato decreto del 5/10/2008”;

- non sussiste alcun vizio riconducibile ad un'erronea valutazione del criterio topografico atteso che dal provvedimento gravato risulta che si sono svolte diverse conferenze di servizi (in data 20/04/2012, 23/04/2012, 24/04/2012 e 26/04/2012 [...] per l'individuazione delle zone dove allocare le nuove sedi) e che l'individuazione delle zone per l'insediamento delle farmacie muove dal confronto della cartografia del 2008 con quella relativa all'attuale localizzazione delle sedi farmaceutiche (allegato "C" del verbale del 26/04/2012).

17. Parimenti infondata è la doglianza con cui si contesta la legittimità del provvedimento gravato perché non assistito da una adeguata motivazione.

Detta censura si riferisce al profilo della motivazione in cui il provvedimento impugnato prende posizione sui pareri negativi espressi dal Consiglio dell'Ordine dei farmacisti e dall'Azienda sanitaria.

Il Collegio, oltre a richiamare quanto già detto sulla natura ampiamente discrezionale delle scelte operate dall'Amministrazione, evidenzia che i suddetti pareri sebbene obbligatori non sono vincolanti, e che nel provvedimento gravato l'Amministrazione procedente si confronta con detti pareri scostandosi motivatamente da essi. Il provvedimento osserva che *“in relazione alle motivazioni dei detti pareri, di dover confermare le proposte di nuova individuazione formulate che, conformemente allo spirito della riforma di cui alla legge 27/2012, rispondono al criterio di equa suddivisione delle sedi nel territorio in rapporto alla densità della popolazione delle zone (tabella allegato "D" del verbale del 26/04/2012) e, senza stravolgere il piano recentemente approvato, garantiscono: una più capillare distribuzione delle sedi nel territorio, una migliore accessibilità alle sedi individuate del servizio da parte della popolazione in genere, una maggiore fruizione per i cittadini residenti in aree scarsamente abitate, tenendo conto anche del sistema viario di zona”*.

Pertanto il provvedimento gravato è assistito da una adeguata motivazione che consente di ricostruire la logicità dell'*iter* decisionale seguito dall'Amministrazione.

18. Parimenti infondata è la censura con cui parte appellante critica il capo della sentenza gravata per aver ritenuto inammissibile perché tardiva la doglianza esposta dal ricorrente in sede di discussione orale nell'udienza di primo grado.

18.1. Non è esatto quanto afferma l'appellante secondo cui tale motivo sarebbe stato già ritualmente dedotto in ragione di quanto esposto nel ricorso introduttivo in riferimento all'asserita violazione dell'art. 2 l. n. 475/1968, come modificato dall'art. 11 d.l. n. 1/2012.

Invero il ricorso di primo grado non contiene alcuna censura riferita alla competenza dell'organo comunale che, in Sicilia, avrebbe comportato un confronto con la specifica disciplina frutto dell'esercizio della competenza legislativa esclusiva della Regione.

18.2. Neppure è corretto l'assunto di parte appellante che ipotizza una nullità dell'atto in quanto adottato in carenza assoluta di potere (ex art. 21 *septies* l. 241/1990), nullità che sarebbe rilevabile d'ufficio. Il vizio di competenza, infatti, non è ascrivibile a carenza assoluta di potere, ma a carenza relativa, e dunque annullabilità e non nullità.

Sicché correttamente il Tar ha ritenuto tardiva e dunque inammissibile la censura introdotta solo in sede di discussione orale.

19. Conclusivamente l'appello è infondato e deve essere respinto. Conseguentemente la sentenza gravata merita di essere confermata.

Le spese del grado possono essere compensate nei confronti dell'Amministrazione regionale mentre parte appellante è tenuta al pagamento delle spese nei confronti del Comune e dell'Azienda sanitaria secondo quanto indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese di lite:

- che liquida nella somma di €1.500,00, oltre oneri di legge, nei confronti del Comune di Agrigento;

- che liquida nella somma di € 1.500, 00, oltre oneri di legge, nei confronti dell'Azienda sanitaria provinciale di Agrigento.

Spese del grado compensate nei confronti dell'Amministrazione regionale.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio svoltasi da remoto in video conferenza del giorno 29 maggio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere, Estensore

Antonino Caleca, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giuseppe Verde**

**IL PRESIDENTE**  
**Rosanna De Nictolis**

IL SEGRETARIO