

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA REGIONE

FRIULI - VENEZIA GIULIA

Ricorso

Del dottor Giuseppe Selva, nato a Pordenone il 1° marzo 1956, residente in Pordenone, via Roggiuzzole 3, (c.f. SLV GPP 56C01.G888D) quale titolare della Farmacia Selva dott. Giuseppe, sita in Azzano Decimo, Via Corva 1357320934) rappresentato e difeso dall'avv. Michele Sartoretti di Udine (c.f. SRT MHL 69E21 L483X) PEC: michele.sartoretti@avvocatiudine.it - fax 0432-288658

presso il cui studio di Trieste, Largo Don Bonifacio n. 1 è elettivamente domiciliato come da mandato e procura speciale a margine del presente ricorso,

contro

Il Comune di Azzano Decimo in persona del Sindaco pro tempore (P.Iva 00197460934) con sede in Piazza Libertà 1, 33082 Azzano Decimo (PN), anche quale titolare della Farmacia Comunale sita in Azzano Decimo, Viale Rimembranze 51; e la Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia in persona del Presidente pro tempore (c.f. 80014930327) con sede in Piazza Unità d'Italia n. 1, 34121 Trieste;

e nei confronti

dell'Azienda per l'Assistenza Sanitaria n. 5 "Friuli Occidentale" (già A.S.S. n. 6 "Friuli Occidentale") in persona del direttore generale pro tempore (c.f./P.Iva 01772890933) con sede in Via Vecchia Ceramica n. 1, 33170 Pordenone;

dell'Ordine dei Farmacisti della Provincia di Pordenone in persona del Presidente pro tempore (c.f. 80006530937) con sede in Via G. Galilei n. 21, 33170 Pordenone;

della Farmacia Comunale di Azzano S.r.l. (P.iva 01537900936), in persona del legale rappresentante pro tempore, corrente in via Rimembranze 15, 33082 Azzano Decimo, quale gestore della Farmacia Comunale sita in Azzano Decimo, Via Rimembranze n. 15;

della dott.ssa Valeria Falagiani (c.f. FLGVL70D68L407L), residente a Trieste, via Hermet n. 4;

MANDATO:

Io sottoscritto DOTT. SELVA GIUSEPPE, titolare della Farmacia Selva sita in Azzano Decimo (PN), Via Corva n. 15 delego a rappresentarmi e difendermi nella presente causa, nella eventuale opposizione in ogni stato e grado del giudizio e nei gradi e fasi successivi, l'avv. Michele Sartoretti del Foro di Udine eleggendo domicilio presso il suo studio sita in Trieste, Largo Don Bonifacio n. 1, al fine di presentare ricorso al TAR del Friuli Venezia Giulia.



Al predetto legale conferisco ogni più ampia facoltà di legge, ivi compresa quella di rendere l'interrogatorio libero di cui all'art. 185 c.p.c., deferire e riferire giuramento decisorio, conciliare e transigere, anche stragiudizialmente incassare, quietanzare, chiamare terzi in giudizio, rinunciare all'azione ed agli atti del giudizio, farsi sostituire, nominare domiciliatari, eleggere domicilio, accettare rinunce e transazioni, impugnare provvedimenti e sentenze ed agire in sede esecutiva, rinunciare alla pronuncia della sentenza ex art. 186 quarter-III° comma c.p.c. e comunque le facoltà tutte previste nel C.p.A.-

Dichiaro inoltre, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 13 del D.LGS. 196/2003 e seguenti, di essere stato edotto che i dati personali richiesti direttamente, ovvero raccolti presso terzi, verranno utilizzati ai soli fini del presente incarico e presto conseguentemente il mio consenso al loro trattamento. - Prendo altresì atto che il trattamento dei dati personali avverrà mediante strumenti manuali, informatici e telematici, in modo strettamente correlato alle finalità del presente incarico. - Pordenone, li 12/07/15

Giuseppe Selva
È autentica

REG. REG. AUTONOMA FRIULI VENEZIA GIULIA
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
12/07/2015
Prot. n. 5273 AW CT
Pag. 2 2/8/10 20/15

del dott. **Ferdinando Spagnolo** (c.f. SPGFND76S15E473N), residente a Latisana (UD), via Tisanotti n. 11;

del dott. **Giuseppe Migliore** (c.f. MGLGPP64E10B429L), residente a Mogliano Veneto (TV), via Casoni n. 72;

del dott. **Mario Codarin** (c.f. CDRMRA48R04G284U), residente a Castions di Strada (UD), viale Europa n. 17/1;

del dott. **Alessandro Godeas** (c.f. GDLSLN71M21E098H), residente a Ronchis (UD), via Maggiore n. 10

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia

- della delibera della Giunta del Comunale di Azzano Decimo n. 32 del 5 marzo 2015, (doc. 1) con la quale si è provveduto all'individuazione della zona di pertinenza della quarta sede farmaceutica del territorio comunale di Azzano Decimo ai sensi dell'art 11 D.L. n. 1 del 24 gennaio 2012 convertito nella L. 27/2012;
- della delibera della Giunta Regionale del Friuli Venezia Giulia n. 1438 del 17 luglio 2015 (doc. 2) nella parte in cui si è provveduto ad istituire la quarta sede farmaceutica del Comune di Azzano Decimo ed a modificare i dati inseriti nell'elenco delle sedi farmaceutiche per il privato esercizio da assegnarsi con concorso straordinario di cui all'allegato 1 della DGR n. 42/2013 (doc. 3) e nel bando con essa approvato e, per quanto occorrer possa, della DGR 42/2012 e del bando stesso, così come risultante dalle dette modificazioni.
- di ogni atto prodromico, conseguente o comunque connesso ai precedenti.

Premessa

a) Il quadro normativo di riferimento.

Nella Gazzetta ufficiale del 24 marzo 2012, Supplemento Ordinario n. 53, è stata pubblicata la Legge n. 27/2012, che ha convertito in legge, con modifiche, il D.L. n. 1 del 24 gennaio 2012, il cui articolo 11, inserito nel capo III, dal titolo "Servizi Professionali", è così rubricato: *"Potenziamento del servizio di distribuzione*

farmaceutica, accesso alla titolarità delle farmacie, modifica alla disciplina della somministrazione dei farmaci e altre disposizioni in materia sanitaria".

Tale norma, per quel che qui interessa, prevede che:

" 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";

b) dopo l'articolo 1 è inserito il seguente:

"Art. 1-bis. - 1...omissis

c) l'articolo 2 è sostituito dal seguente:

"Art. 2. - 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.

2. 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".

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.*
3. *Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano provvedono ad assicurare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, la conclusione del concorso straordinario e l'assegnazione delle sedi farmaceutiche disponibili di cui al comma 2 e di quelle vacanti. In deroga a quanto previsto dall'articolo 9 della legge 2 aprile 1968, n. 475, sulle sedi farmaceutiche istituite in attuazione del comma 1 o comunque vacanti, non può essere esercitato il diritto di prelazione da parte del comune. Entro sessanta giorni dall'invio dei dati di cui al comma 2, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano bandiscono il concorso straordinario per soli titoli per la copertura delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione e per quelle vacanti, 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 o siano state già fissate le date delle prove.*
9. *Qualora il comune non provveda a comunicare alla regione o alla provincia autonoma di Trento e di Bolzano l'individuazione delle nuove sedi disponibili entro il termine di cui al comma 2 del presente articolo, la regione provvede con proprio atto a tale individuazione entro i successivi sessanta giorni. Nel caso in cui le regioni o le province autonome di Trento e di Bolzano non provvedano nel senso indicato ovvero non provvedano a bandire il concorso straordinario e a concluderlo entro i termini di cui al comma 3, il Consiglio dei Ministri esercita i poteri sostitutivi di cui all'articolo 120 della Costituzione, con la nomina di un apposito commissario che provvede in sostituzione dell'amministrazione inadempiente anche espletando le procedure concorsuali ai sensi del presente articolo".*

b) Lo svolgimento dei fatti

- 1) Nell'intento di dare attuazione alla normativa sopra riportata, il Comune di Azzano Decimo, con "nota" del 20 aprile 2012 (doc. 4) a firma di un funzionario comunale, ha comunicato alla Regione l'istituzione di una nuova sede farmaceutica, la quarta, per la cui collocazione veniva indicata la zona della "Frazione di Corva posta lungo l'asse stradale (s.r. 251)Portogruaro".
- 2) La Regione, per contro, sempre in attuazione della citata normativa, ha emanato il bando regionale del concorso straordinario per l'assegnazione delle farmacie istituite in forza della L. 27/2012, approvato con la DGR 42 del 16 gennaio 2013, pubblicata nel B.U.R. della Regione FVG in data 30 gennaio 2013; tra le farmacie da assegnare figurava anche la quarta sede del Comune di Azzano Decimo di cui alla detta nota del 23 aprile 2012 (doc. 3).
- 3) Il dott. Selva ha impugnato dinnanzi a questo TAR, con il ricorso rubricato al n. 130/2013 R.G., sia il bando approvato con la delibera della Giunta Regionale n. 42/2013 nella parte in cui metteva a concorso la quarta sede farmaceutica del Comune di Azzano Decimo, sia – per quanto occorrer potesse – la "nota" del Comune di Azzano Decimo d.d. 23 aprile 2012 con la quale veniva comunicata alla Regione l'istituzione della detta quarta sede farmaceutica.
- 4) Il TAR del Friuli Venezia Giulia, con la sentenza n. 315 del 30 maggio 2013 (doc. 5), emanata in accoglimento del ricorso del dott. Selva, ha, tra l'altro, statuito:
 - a) che la quarta sede farmaceutica del Comune di Azzano Decimo non poteva dirsi istituita con la semplice nota d.d. 23 aprile 2012 a firma di un funzionario comunale in mancanza di una deliberazione del competente organo di governo dell'Ente e dei pareri obbligatori previsti dalla legge (*inesistenza dell'atto*);
 - b) che nelle more era scaduto il termine di trenta giorni previsto dall'art. 2, 2° comma, dell'art. 11 della l. 27/2012 per l'individuazione, da parte dei Comuni, delle nuove sedi farmaceutiche, onde la relativa potestà doveva ritenersi ormai di competenza della Regione in base al disposto del comma 9 dello stesso art. 11 L. 27/2012.

In ragione di un tanto, il TAR dichiarava improcedibile per carenza di interesse il ricorso nella parte in cui era diretto a contestare gli atti di istituzione della nuova sede farmaceutica del Comune di Azzano Decimo, essendo mancata, in radice, la relativa individuazione da parte del Comune; lo accoglieva, invece, nella parte in cui era diretto a contestare il bando di concorso regionale, disponendo l'annullamento della Deliberazione della Giunta Regionale n. 42 del 2013 nella parte riguardante la copertura della sede farmaceutica del Comune di Azzano Decimo.

La sentenza è passata in giudicato.

5) Successivamente, in data 23/9/2013, il Consiglio Comunale di Azzano Decimo, con la delibera n. 62/2013 (doc. 6), proponeva di individuare l'area di insediabilità di una nuova farmacia in frazione di Corva, lungo la S.R. n. 251, di acquisire i pareri dell'Ordine dei Farmacisti della Provincia di Pordenone e dell'ASL n. 6 "Friuli Occidentale" previsti dalla legge, e di rinviare ad una successiva delibera, da assumersi una volta acquisiti i prescritti pareri, la definitiva individuazione dell'area di insediabilità della nuova farmacia.

6) Acquisiti i pareri, con deliberazione del Consiglio n. 83 del 18 dicembre 2013 (doc. 7), il Comune di Azzano Decimo statuiva, effettivamente, di identificare la zona della frazione di Crova – lungo la S.R. 251 – come area in cui collocare la nuova farmacia.

7) Anche tale provvedimento veniva impugnato dal dott. Selva con il ricorso rubricato al n. 107/2014 RG nel quale si deduceva, tra i vari motivi di ricorso, l'incompetenza del Comune di Azzano Decimo in ordine alla istituzione della sede farmaceutica *de qua* essendo scaduto il termine di trenta giorni di cui all'art. 11 c. 2 L. 27/2001 così come riconosciuto dalla sentenza n. 315/2013 del TAR FVG che, già al tempo, costituiva giudicato tra le parti.

8) Il TAR, in accoglimento di tale ricorso, emanava la sentenza n. 581/2014 (doc. 8) con la quale,

- si riconosceva che effettivamente il Comune di Azzano Decimo aveva proceduto all'istituzione della quarta sede farmaceutica in violazione del giudicato reso con la

precedente sentenza 315/2013 secondo cui, decorso il termine di 30 giorni di cui all'art. 11 c. 2 L. 27/2012, il Comune stesso doveva ritenersi esaurato del relativo potere;

- si affermava che *“all'istituzione della quarta sede farmaceutica di Azzano Decimo deve, se del caso ed ove ne ricorrano gli estremi, provvedere la Regione, individuandone la zona di competenza, in base ai necessari pareri e accertamenti”*

9) Successivamente, il Comune di Azzano Decimo, con delibera della Giunta Comunale n. 32 del 5 marzo 2015 (doc. 1), procedeva nuovamente a localizzare la quarta sede farmaceutica nella frazione di Corva – lungo la S.R. n. 251 e trasmetteva la propria decisione alla Regione *“per l'esercizio da parte della medesima di poteri sostitutori al fine dell'istituzione della nuova sede farmaceutica”*.

10) Con atto d.d. 25.03.2015, il dott. Selva interveniva ai sensi dell'art. 9 L. 241/90 nel procedimento amministrativo per l'individuazione di una nuova sede farmaceutica in essere, formulando documentata opposizione (doc. 9).

In particolare, il dott. Selva, anche con il sostegno di un elaborato tecnico, evidenziava come la localizzazione dell'ipotetica quarta farmacia nella frazione di Corva fosse manifestamente irrazionale ed illogica e come essa si ponesse in violazione dei principi di cui all'art. 11 L. 27/2012. Proponeva, per contro, di ubicare la nuova sede farmaceutica nella frazione di Fagnigola che, in quanto periferica e disagiata nei collegamenti con le farmacie già esistenti sul territorio, si palesava come più bisognosa del potenziamento dell'assistenza farmaceutica.

Non solo, ma il dott. Selva, nel medesimo atto, evidenziava come la Regione non potesse dar corso all'istituzione della sede in quanto il suo potere sostitutivo, secondo l'art. 11 comma 9 L. 27/2012, doveva ritenersi venuto meno, dato che poteva essere esercitato nel termine di 60 giorni decorrenti dai primi giorni di maggio del 2012, e precluso dal fatto che la Regione medesima aveva già provveduto ad emanare gli atti cui quel potere sostitutivo era funzionale (concorso).

11) In data 2 luglio 2015 la Commissione esaminatrice del concorso straordinario per l'assegnazione delle nuove sedi farmaceutiche concludeva il suo lavoro con l'approvazione della graduatoria finale (doc. 14) che trasmetteva alla Regione il successivo 10 luglio 2015 per la sua approvazione.

12) La Regione Fvg, con delibera Giuntale n. 1438 del successivo 17 luglio 2015 (doc. 2), nell'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 11 c. 9 L. 27/2012, ha individuato la quarta sede del Comune di Azzano Decimo nella frazione di Corva ed ha disposto la rettifica dell'elenco delle sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio assegnate a concorso il cui bando è stato approvato con DGR 42/2013.

13) con Decreto del Direttore dell'Arca servizi assistenza primaria del 23 luglio 2015 n. 545/SPS è stata approvata la graduatoria finale del citato concorso (doc. 11).

c) Analisi delle anomalie procedurali

Il sistema voluto dalla L. 27/2012 - che ha convertito il DL 1/2012 - ed in particolare dall'art. 11 della stessa, delinea, per l'istituzione di nuove sedi farmaceutiche, un procedimento, scandito da tempi serrati, in base al quale:

a) i Comuni dovevano istituire, **entro e non oltre 30 giorni** dall'entrata in vigore della legge (25 marzo 2012), le nuove sedi farmaceutiche che risultassero dall'applicazione dei nuovi *quorum* stabiliti dall'art. 2 comma 1 della L. 475/68 come novellato dallo stesso art. 11 L. 27/2012: tale fase, quindi, doveva essere completata, nel volere della legge, **entro il 25 aprile 2012**

b) le Regioni, cui la legge trasferiva la relativa potestà in caso di inerzia dei Comuni, dovevano, **entro i 60 giorni successivi**, provvedere con proprio provvedimento all'individuazione delle nuove sedi farmaceutiche non istituite dai Comuni nei termini sopra indicati: tale fase, pertanto, doveva concludersi **entro il 25 giugno 2012**

c) le Regioni stesse dovevano bandire il concorso **entro lo stesso termine di 60 giorni**, dovendo concludere le relative operazioni, secondo la legge, nel termine di un anno.

Questo il volere della legge e queste le attribuzioni dei poteri da essa determinate.

Quel che ne è conseguito è che i Comuni “diligenti” (quasi tutti) si sono prodigati per rispettare i dettami della legge: hanno individuato le zone in cui collocare le nuove sedi farmaceutiche, hanno acquisito i prescritti pareri, hanno deliberato l’istituzione delle nuove farmacie ed hanno trasmesso le relative delibere alla Regione entro i 30 giorni di legge, immaginiamo, non senza sforzi.

Del resto, in linea con i dettami normativi, la Regione aveva sin dall’inizio assunto un atteggiamento di giusto rigore.

Emblematico, in tal senso, è il modo in cui è stato trattato il caso del Comune di Ronchi dei Legionari nel contesto della DGR 42/2013 (doc. 3).

Tale Comune, infatti, nel termine di legge, aveva trasmesso alla Regione una propria deliberazione con la quale venivano individuate due nuove farmacie, una nella sede aeroportuale, l’altra in un centro commerciale.

La Regione, rilevando l’erroneità di tali individuazioni – essendo riservata alla competenza regionale, ex art. 1 bis L. 475/68 inserito dalla L. 27/2012, la istituzione di farmacie in simili centri di aggregazione- invitava il Comune a rettificare le proprie scelte. Questo, allora, individuava due nuove sedi in diverse aree del proprio territorio ed inviava alla Regione la nuova documentazione. La Regione, tuttavia, rilevava come al Comune di Ronchi dei Legionari, secondo il criterio della popolazione di cui all’art. 1 L. 475/68, come modificato dall’art. 11 L. 27/2012, spettasse una sola sede farmaceutica aggiuntiva obbligatoria, mentre l’istituzione della seconda doveva ritenersi espressione di una semplice facoltà del Comune. Ragione per cui, considerato “- *che non è possibile accogliere la richiesta del Comune di inserire a concorso anche la seconda sede, la cui scelta è facoltativa ai sensi dell’art. 11 comma 1 del D.L. 1/2012, poiché un tanto comporterebbe un pregiudizio rispetto alla par condicio tra le amministrazioni comunali che nell’individuare le nuove sedi farmaceutiche disponibili hanno adottato i relativi provvedimenti entro il termine di trenta giorni di cui all’art. 11, comma 2, del D.L. 1/2012;*

- che il carattere perentorio del termine previsto dall'art. 11, comma 2, del DL 1/2012, risponde all'esigenza di certezza connessa allo svolgimento della procedura concorsuale ed agli adempimenti relativi, mentre, diversamente, sarebbe consentita una sorta di libertà temporale per i comuni di individuare le proprie sedi condizionando negativamente la procedura concorsuale anche sotto il profilo organizzatorio", la Regione ha esplicito il potere sostitutivo riconosciuto dalla norma ed ha individuato una (sola) nuova sede sul territorio dei Ronchi dei Legionari. Il caso è emblematico perché esprime due chiari principi che la Regione intendeva attribuirsi nell'espletamento delle funzioni delegate dalla legge 27/2012 per il potenziamento del servizio farmaceutico sul territorio: quello della *par condicio* nel trattamento delle varie amministrazioni comunali coinvolte nel processo e quello del necessario rispetto dell'ordine procedimentale definito dalla legge, secondo cui, prima di dar corso all'organizzazione del concorso, occorre procedere (celermente) all'individuazione di tutte le sedi farmaceutiche da assegnare al privato esercizio. Del resto, era proprio la necessità di procedere con la celerità scandita dai tempi dettati dal legislatore all'apertura delle nuove sedi farmaceutiche a fondare l'urgenza che giustificava il ricorso all'istituto del decreto legge.

Se questi sono i dettami della legge ed i principi che la Regione si è data per la sua applicazione, il percorso che vorrebbe portare all'istituzione della quarta sede farmaceutica di Azzano Decimo attraverso gli atti qui impugnati ne rappresenta un vero e proprio oltraggio.

Il Comune, innanzitutto, **non** ha provveduto all'istituzione della nuova sede farmaceutica prevista in applicazione dei criteri di cui al novellato art. 1 c. 2 L. 475/68 nel termine di 30 giorni previsto dalla legge, avendo provveduto ad inviare alla Regione unicamente una nota di un proprio funzionario indicante l'area di possibile insediamento della ipotetica nuova farmacia (fatto acclarato con la sentenza n. 315/2013 di questo TAR, passata in giudicato, che ha decretato l'*inesistenza* dell'atto istitutivo).

La Regione, in secondo luogo, **non** ha proceduto ad esercitare il potere sostitutivo di cui all'art. 11 c. 9 L. 27/2012, ma ha, pur tuttavia, proceduto alla pubblicazione del bando per l'assegnazione delle nuove sedi farmaceutiche con delibera della Giunta n. 42/2013 inserendovi anche quella del Comune di Azzano Decimo, ripetesì, non istituita né dal Comune né dalla Regione.

Dopo che il TAR FVG ha riconosciuto con sentenza 315/2013 che la quarta sede farmaceutica del Comune di Azzano decimo non poteva dirsi istituita, annullando *in parte qua* il bando di concorso, ed ha riconosciuto il venir meno del potere del Comune di procedere a tale istituzione a causa del decorso del termine di cui all'art. 11, comma 2, L. 27/2012, la Regione, in evidente elusione del disposto della sentenza ed in contraddizione con il principio di *par condicio* nel trattamento delle amministrazioni comunali, ha invitato il Comune di Azzano Decimo a procedere all'istituzione della nuova sede farmaceutica "da rimettere a concorso", *per proseguire nell'avviata procedura concorsuale*.

Anche gli atti che hanno sostanziato questo secondo tentativo di istituzione della quarta sede farmaceutica del Comune di Azzano Decimo sono stati annullati, a seguito del ricorso n. del dott. Selva, con la sentenza del TAR FVG n. 581/2014 che, appurato che il Comune non poteva più dirsi competente, ha precisato che all'istituzione della farmacia *de qua* avrebbe potuto procedere la Regione, in applicazione del proprio potere sostitutivo, "se del caso ed ove ne ricorrano gli estremi".

E' del tutto evidente che, a quel punto, **non** ricorrevano gli estremi per dar corso al potere sostitutivo della Regione e ciò per almeno i motivi che saranno nel seguito illustrati.

Ciò nonostante, alla istituzione della quarta sede farmaceutica del Comune di Azzano Decimo si è dato corso proprio attraverso un'atipica esecuzione del potere sostitutivo della Regione: essa, infatti, è paradossalmente conseguita ad una iniziativa dello stesso Ente "sostituito", sostanziata dalla delibera della Giunta comunale n. 32/2015, che ha costituito anche, in buona sostanza, l'istruttoria del provvedimento regionale.

d) La legittimazione

In capo al dott. Selva sussiste un chiaro interesse ad agire avverso gli atti che hanno sostanziato la serie procedimentale che ha condotto all'individuazione di una nuova sede farmaceutica nella frazione di Corva di Azzano Decimo in ragione del fatto che egli è titolare della farmacia sita nella limitrofa frazione di Tiezzo dello stesso Comune. Da tale istituzione il ricorrente subirebbe un evidente danno economico, rappresentato dalla perdita di avviamento che conseguirebbe in maniera automatica dalla presenza di una diversa farmacia nell'ambito del bacino di utenza che normalmente fa riferimento alla propria.

Gli atti che hanno sostanziato il procedimento di individuazione della nuova sede farmaceutica del Comune di Azzano Decimo, quelli da essi presupposti, quelli prodromici, conseguenti o comunque connessi sono, pertanto, oggetto della presente impugnazione per i motivi di seguito esposti.

2) Motivi di ricorso

a) Incompetenza, violazione dell'art. 11 comma 9 della L. 27/2012 anche in relazione all'art. 2 L. 475/68, all'art. 1 L. 241/90 e all'art. 97 Cost per aver proceduto la Regione all'istituzione della sede farmaceutica di Azzano Decimo in carenza dei presupposti per l'esercizio del proprio potere sostitutivo.

Nella sentenza n. 581/2014, il TAR del FVG si era preoccupato di sottolineare che, in ragione di quanto statuito con la precedente sentenza n. 315/2013, all'istituzione della quarta sede farmaceutica del Comune di Azzano Decimo si sarebbe potuto procedere solo attraverso l'esercizio del potere sostitutivo regionale "se del caso ed ove ne ricorrano gli estremi". Nella fattispecie qui in esame non ricorrono né l'uno né gli altri.

La Regione, infatti, secondo la norma di cui all'art. 11 c. 9 L. 27/2012, poteva (recte: doveva) esercitare il suo potere sostitutivo nel termine di 60 giorni dal decorso del termine di 30 giorni assegnato dalla norma stessa ai Comuni per procedere

all'individuazione delle nuove sedi farmaceutiche volute dal "decreto Cresci Italia"; il che vuol dire (approssimativamente) entro **giugno 2012**.

L'intero procedimento che doveva portare all'istituzione ed all'assegnazione della nuove sedi farmaceutiche che sarebbero derivate dall'applicazione della novella contenuta nell'art. 11 L. 27/2012 (che, è bene ricordarlo, era legge di conversione del decreto legge 1/2012) era caratterizzato da una rigida definizione dei tempi e dalla previsione di strumenti per far fronte ad eventuali inadempimenti e ritardi degli enti coinvolti che avrebbero potuto "incepparne" il percorso: così i Comuni dovevano procedere entro 30 giorni dall'entrata in vigore della legge all'individuazione delle nuove sedi farmaceutiche e trasmettere le loro decisioni alla Regione alla quale era assegnato un termine di 60 giorni per l'indizione del concorso e di un anno per il suo completamento. Onde evitare che le operazioni di assegnazione delle nuove sedi farmaceutiche attraverso il concorso di cui erano investite le Regioni fossero paralizzate dagli inadempimenti o dai ritardi dei Comuni, veniva appunto riconosciuto alle prime il potere – dovere di sostituirsi ai secondi nell'individuazione delle nuove farmacie: il tutto per assicurare il fine "*di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche*" espressamente perseguito dalla norma (art 11 c. 1 L. 27/2012). Allo stesso modo, agli eventuali inadempimenti o ritardi delle Regioni, secondo il comma 9 dell'art. 11 L. 27/2012, doveva porre rimedio – nel termine di 120 giorni - il Consiglio dei Ministri valendosi del potere sostitutivo di cui all'art. 120 Cost.

Risiedeva proprio nella definizione dei tempi serrati di questo straordinario ed eccezionale procedimento, che doveva portare all'assegnazione delle nuove sedi farmaceutiche **entro il 2013**, il motivo dell'urgenza che giustificava il ricorso al decreto – legge.

Anche ammettendo che i termini previsti dalla norma non debbano ritenersi perentori, è certo che essi avessero, nell'ottica del legislatore, una funzione acceleratoria rispetto al fine della assegnazione delle farmacie, e quindi, rispetto all'indizione del concorso straordinario di cui all'art. 11 c. 3 della citata L. 27/2012: ed era una funzione

essenziale, se è vero com'è vero, appunto, che il legislatore, ravvisando l'urgenza di procedere, era addirittura ricorso al decreto legge.

Valga la seguente considerazione. Un termine ha di regola natura ordinatoria salvo che la legge non disponga espressamente il contrario o che la sua perentorietà non sia desumibile da concrete ragioni di carattere organizzatorio facenti capo all'Amministrazione (tra tante, Cons. St., sez. VI, 24/8/99, n. 1111).

Nel caso, la Regione, allorquando aveva preso in esame il citato caso di Ronchi dei Legionari, aveva giustamente ritenuto essere perentorio il termine di 30 giorni attribuito dall'art. 11 L. 27/2012 ai Comuni per l'istituzione delle nuove farmacie in ragione delle esigenze di carattere organizzatorio della Regione stessa connesse all'espletamento del concorso straordinario per l'assegnazione delle sedi.

Se l'istituzione delle nuove sedi farmaceutiche è adempimento sottoposto a termine perentorio per i Comuni in funzione dell'organizzazione del concorso, allora il potere sostitutivo della Regione ad altro non può essere funzionale se non a quello stesso adempimento: forse per la Regione il potere sostitutivo di cui all'art. 11 c. 9 L. 27/2012 non sarà soggetto a termine perentorio, essendo la Regione stessa la depositaria dell'esigenza di carattere organizzatorio rispetto alla quale esso è funzionale, ma sicuramente sarà precluso a seguito dell'espletamento dell'adempimento che concreta quell'esigenza.

Evidente conseguenza è che, una volta bandito il concorso dalla Regione, sia stato fatto o meno buon uso dei poteri sostitutori, questi devono ritenersi caducati, proprio perché previsti dalla legge come strettamente funzionali a quell'adempimento.

Ogni diversa interpretazione non può aver fondamento: se il legislatore avesse ammesso che l'istituzione delle nuove sedi fosse potuta avvenire anche in epoca successiva all'indizione del concorso straordinario, non avrebbe avuto senso prevedere il rigido sistema dei termini e dei correlati poteri sostitutivi della Regione rispetto ai Comuni e del Consiglio dei Ministri rispetto alle Regioni.

A dimostrazione di quanto qui sostenuto sta anche il fatto che la norma di cui al comma 9 dell'art. 11 L. 27/2012 assegna alla Regione un termine per l'esercizio del potere sostitutivo del tutto coincidente con quello assegnato all'Ente dal comma 3 dello stesso art.11 L. 27/2012 per l'indizione del concorso: il che significa, innanzitutto, che quel potere sostitutivo è proprio funzionale al celere espletamento dell'organizzazione del concorso, e significa, di conseguenza, che per il legislatore il potere sostitutivo poteva essere esercitato – e pare assolutamente logico - al più tardi contestualmente all'emanazione del provvedimento con cui si indiceva il concorso per le sedi farmaceutiche di nuova istituzione (comunale o regionale), non certo in un momento successivo.

E non si potrà superare il problema aggrappandosi al carattere ordinatorio del termine di cui all'art. 11 c. 9 L. 27/2012. L'ordinatorietà di un termine acceleratorio deve trovar necessariamente un limite nella volontà del Legislatore, per la quale, indiscutibilmente, la speditezza della procedura varata con il DL 1/2012, convertito nella L. 27/2012, era un tratto essenziale.

Non solo: ma atteso che quella stessa speditezza – scandita dai termini di cui all'art. 11 L. 27/2012 – era la ragione per la quale la legge ha previsto i poteri sostitutivi di Regione e Consiglio dei Ministri, una valutazione troppo “elastica” dei termini acceleratori che la connotano condurrebbe ad una interpretazione contrastante con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost.

Secondo tale norma, *“Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”*. Il potere sostitutivo attribuito alla Regione dall'art. 11 L. 27/2012 era proprio funzionale a garantire l'unitarietà necessaria, a livello regionale, nell'esercizio della funzione amministrativa rappresentata dalla urgente istituzione, da parte dei Comuni, delle nuove sedi farmaceutiche in vista del concorso straordinario per la loro assegnazione da espletarsi a livello regionale. Se, come nel caso che ci occupa, si

arrivasse a ritenere sopravvivate ad anni di distanza dall'indizione del concorso il potere sostitutivo regionale anche al di fuori delle cogenti ragioni che ne avevano giustificato la previsione di legge, sconfineremmo nella lesione del principio costituzionale di sussidiarietà nella misura in cui si verrebbe a privare il Comune, ingiustificatamente, di una funzione che gli pertiene.

Infine, non si può non dare il necessario rilievo al fatto che la normativa qui in esame (L. 27/2012) nasce dalla conversione di un Decreto Legge (1/2012): si ammetta pure che i termini acceleratori in esso previsti non abbiano carattere perentorio, ma lo scopo acceleratorio che perseguivano era un tratto caratteristico essenziale della volontà normativa, tanto che ha portato il legislatore, da un lato, a supportarli attraverso la previsione di poteri sostitutivi, dall'altro, a scegliere, appunto, lo strumento della legiferazione d'urgenza. Se si ritenesse compatibile con la norma de qua il percorso che ha portato all'istituzione della quarta sede farmaceutica di Azzano Decimo a distanza di tre anni dal termine assegnato dal legislatore, non si svuoterebbe di senso solo la norma stessa, ma perfino il sistema costituzionale che presiede l'istituto dei decreti – legge.

Un tanto, ovviamente, non vuol dire che, bandito il concorso, non si possa più istituire la quarta farmacia del Comune di Azzano Decimo (obbligatoria per legge), ma significa che non lo si può fare attingendo al sistema dei poteri delineato – in forma straordinaria e temporanea – dalla “legiferazione d'urgenza” di cui alla L. 27/2012, ma unicamente secondo la procedura ordinaria di revisione del numero delle farmacie di cui all'art. 1 comma 2 L. 475/68 che, come detto, attribuisce al Comune la competenza in materia.

La norma di cui all'art. 11 L. 27/2012, come detto più volte, aveva carattere speciale ed urgente (è norma di conversione del D.L. 1/2012), era tesa ad ampliare il numero delle farmacie sul territorio ed, al contempo, ad agevolarne le aperture.

Essa, rispetto a quel che qui conta, si compone idealmente di due parti: una di carattere “definitivo” ed una di carattere “temporaneo”. Con la prima, rappresentata dal primo

comma del citato art. 11 L. 27/2012, si va a modificare (stabilmente) gli art. 1 e 2 L. 475/68 in modo da abbassare il *quorum* di popolazione necessario a consentire l'apertura di nuove farmacie; con la seconda, rappresentata dai commi 3,4,5,6,7 e 9 dello stesso art. 11 L. 27/2012, per soddisfare le esigenze dell'urgenza che avevano condotto al ricorso al decreto – legge, si prevedevano straordinari strumenti, di durata temporanea, funzionali ad agevolare e rendere celeri le aperture delle farmacie che sarebbero derivate dall'applicazione della nuova disposizione. Tali strumenti si sostanziano: a) nella previsione di immediata applicazione dei nuovi *quorum* che i Comuni sono stati chiamati ad attuare, attraverso l'istituzione delle nuove sedi farmaceutiche, entro 30 giorni dalla sua entrata in vigore, in deroga all'ordinario sistema che avrebbe portato i Comuni stessi ad applicarla in occasione della prima revisione biennale della pianta organica prevista dall'art. 2 della L. 475/68; b) dalla previsione di un concorso straordinario, per soli titoli e a partecipazione "telematica", che le Regioni vengono chiamate ad indire nel termine di 60 giorni dal ricevimento da parte dei Comuni dei provvedimenti di istituzione delle nuove sedi farmaceutiche e da completare nel termine di un anno dall'entrata in vigore della norma; c) dalla previsione di poteri sostitutivi in capo a Regioni e Consiglio dei Ministri tesi ad assicurare che, nell'assegnazione -secondo le forme straordinarie previste dalla norma stessa - delle neo istituite farmacie, fosse assicurata l'unitarietà e la massima celerità, in modo che la procedura fosse completata nel termine previsto, cioè entro il 2013.

Nella vigenza di queste norme *straordinarie* (speciali), e nel tempo necessario a dar loro applicazione, doveva ritenersi "congelata" l'operatività delle norme *ordinarie* (generali), prima tra tutte quella in materia di revisione biennale del numero delle farmacie spettanti a ciascun Comune che, in forza dell'art. 475/68, deve avvenire entro il mese di dicembre di ogni anno pari. In questa direzione, il Consiglio di Stato nella recente Sentenza n. 2959/2015, ha riconosciuto come il primo anno pari in cui effettuare la revisione ordinaria del numero delle farmacie di ciascun Comune fosse quello successivo all'applicazione delle norme straordinarie della L. 27/2012, e cioè

il 2014, escludendo che essa fosse da attuarsi nel 2012, stante il fatto che, appunto, quell'anno, trovavano applicazione le straordinarie norme della L. 27/2012.

Tutto ciò significa che il potere di istituzione della quarta sede farmaceutica che il Comune di Azzano Decimo aveva "bruciato" nel 2012, in vigenza del regime *straordinario* della L. 27/2012, avendo omesso di provvedere entro il termine di 30 giorni assegnato dalla norma e che aveva giustificato l'insorgenza, in capo alla Regione, del potere sostitutivo contemplato dalle stesse norme *straordinarie*, si è "rigenerato", a partire dal 2014, in capo al Comune medesimo in forza dell'art. 2 L. 468/75 che gli consente (*recte*: gli impone) di rivedere il numero delle farmacie in applicazione dei criteri demografici previsti dall'art. 1 L. 475/68 come novellato dall'art. 11 c. 1 L. 27/2012 entro il dicembre di ogni anno pari.

Da ciò consegue che, a decorrere dal 2014, la quarta sede farmaceutica di Azzano Decimo può essere istituita solo in forza di un provvedimento del Comune da adottarsi ai sensi dell'art. 2 c. 2 della L. 475/68 entro il dicembre di ogni anno pari e che, sicuramente, almeno dal 2014 deve ritenersi caducato lo straordinario potere sostitutivo riconosciuto, in capo alla Regione, dall'art. 11 c.9 L. 27/2012.

b) Eccesso di potere per sviamento, violazione di legge per contrasto con il principio di ragionevolezza dell'attività amministrativa di cui all'art. 97 Cost. anche in riferimento all'art. 91, comma 4 d.lgs. n. 267 del 2001, all'art. 48, comma 29, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 e all'art. 2, comma 2, della legge n. 389 del 1999 per aver proceduto la Regione ad inserire la farmacia illegittimamente istituita, su iniziativa del Comune di Azzano Decimo, tra quelle da assegnare nell'ambito del concorso indetto con DGR 42/2013 la cui graduatoria è stata approvata dalla Commissione esaminatrice in data 2 luglio 2015.

La delibera della Giunta regionale n. 1438 del 2015 e quella della Giunta del Comune di Azzano Decimo n. 32 del 5 marzo 2015 qui impugnate sono chiaramente viziate da eccesso di potere in quanto sostanziano un evidente caso di sviamento. Questo è reso palese dal significato che assumono, se considerati secondo una logica d'assieme,

l'iniziativa assunta dal Comune con il proprio provvedimento e due diversi contenuti della delibera regionale. Il primo di questi è rappresentato dalla istituzione della sede farmaceutica, sulla cui illegittimità ci siamo soffermati nel motivo di ricorso precedente, il secondo è rappresentato dalla parte in cui, modificando l'elenco delle farmacie assegnabili con il concorso straordinario indetto con DGR 42/2013, la stessa DGR 1438/2015 vorrebbe condurre ad inserire la detta farmacia tra quelle destinate ai candidati risultati idonei all'esito di tale concorso.

Non è difficile, infatti, comprendere come l'esercizio del potere sotteso all'emanazione dei citati provvedimenti, da parte Regione e Comune, non sia finalizzato al perseguimento del fine pubblico di garantire la capillare presenza del servizio farmaceutico sul territorio di Azzano Decimo, ma piuttosto a porre rimedio alle rispettive inosservanze del dato normativo di cui all'art. 11 commi 2 e 9 L. 241/90 evidenziate anche dalla sentenza di questo TAR n. 315/2013 e ribadite dalla sentenza del medesimo TAR 581/2014.

Laddove, infatti, l'obbiettivo dell'azione della Pubblica Amministrazione fosse stato quello di stretto interesse pubblico rappresentato dall'implementazione dell'assistenza farmaceutica sul territorio comunale per renderla adeguata ai nuovi quorum previsti dall'art. 2 L. 475/68, così come novellato dall'art. 11 L. 27/2012, sarebbe bastato semplicemente (e linearmente) dare luogo, nel 2014, all'ordinario procedimento di revisione di cui all'art. 2 comma 2 della L. 475/68, che prevede, appunto, che in ciascun anno pari ogni Comune debba rivedere il numero delle farmacie presenti sul territorio procedendo, nel caso i numeri della popolazione residente al 31 dicembre dell'anno precedente lo impongano (o lo consiglino), all'istituzione di nuove farmacie. E' chiaro, però, che procedendo secondo le regole, Comune e Regione si sarebbero trovati esposti alle responsabilità conseguenti al fatto che, a causa delle loro mancanze, l'istituzione della quarta sede farmaceutica di Azzano Decimo e la sua assegnazione sarebbero avvenute al di fuori delle straordinarie procedure previste dal D.L. 1/2012 convertito nella L. 27/2012.

E' allora accaduto che:

- il concorso straordinario per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio è stato indetto con DGR n. 42 del **gennaio 2013** che recava, tra gli allegati, la lista delle 49 farmacie da assegnare a mezzo della procedura concorsuale tra le quali figurava la quarta sede di Azzano Decimo;
- il TAR FVG, in accoglimento del ricorso del dott. Selva, con sentenza 315/3013 del 30.05.2013 ha annullato la DGR 42/2013 nella parte in cui inseriva, tra le farmacie assegnabili con il concorso *de quo*, appunto, quella di Azzano Decimo essendo stato riconosciuto come inesistente il provvedimento con il quale il Comune riteneva di averla istituita;
- la Commissione esaminatrice di detto concorso ha ultimato i lavori e approvato la graduatoria finale il **2 luglio 2015** e l'ha trasmessa alla Regione il **10 luglio 2015**;
- successivamente, la Regione ha proceduto, in assenza di qualsivoglia potere, all'istituzione della quarta sede farmaceutica del Comune di Azzano Decimo con DGR 1438 del **17 luglio 2015**;
- la Regione, con la stessa DGR 1438/2015 del 17 luglio 2015, ha proceduto anche alla modificazione dell'allegato alla DGR 42/2013 enucleante la lista delle farmacie assegnabili con il concorso *de quo*, inserendovi quella di Azzano Decimo che andava ad istituire.

In buona sostanza, la Regione vorrebbe rendere disponibile la farmacia di Azzano Decimo, illegittimamente istituita il 17 luglio 2015, ai candidati risultati idonei ad un concorso indetto nel gennaio 2013 e concluso, con approvazione della graduatoria da parte della Commissione esaminatrice, il 2 luglio 2015, quindici giorni prima, cioè, della stessa istituzione della sede farmaceutica.

La qual cosa è di per sé illegittima alla luce dei principi generali ribaditi, di recente, dal TAR del Lazio - Roma, Sez. I Ter con la sentenza 18 settembre 2012 n. 7841 secondo cui l'assegnazione attraverso la graduatoria risultante da un concorso non può che riguardare le sedi istituite prima dell'indizione del concorso stesso.

Il principio è del resto affermato senza tema di smentita dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 14 del 28 luglio 2011 dove risulta espressamente statuito che la graduatoria risultante dalla procedura concorsuale può essere utilizzata per l'assegnazione, oltre che delle farmacie la cui assegnazione è oggetto del concorso, per le sedi "che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili" e non per "i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo". Nella stessa pronuncia, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, afferma che il principio, sebbene contenuto nell'art. 91, comma 4, del Testo Unico degli Enti Locali (d.lgs. n. 267 del 2001), *"risulta espressione di un principio generale e, pertanto, trova applicazione comune anche alle altre amministrazioni pubbliche"*.

Nei medesimi termini depono, poi, anche la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 31 maggio 2002, in cui interpretando l'art. 2, comma 2, della legge n. 389 del 1999, viene espressamente precisato che l'utilizzo di una graduatoria scaturente da un concorso per l'assegnazione di sedi farmaceutiche non può che essere riferita alle sedi messe a concorso e – con lo "scorrimento" - a quelle già assegnate ma, poi, rese disponibili a seguito di vicende riguardanti l'assegnazione e l'assegnatario, e non a sedi diverse, come quelle istituite dopo l'indizione del concorso medesimo: è questa, si legge nella citata decisione, l'unica *"interpretazione che – oltre ad essere coerente con le disposizioni vigenti in materia di assegnazione delle sedi farmaceutiche – risulta "del tutto coerente con le esigenze sottese dall'art. 97 Cost. e con il rispetto delle esigenze dei soggetti che non hanno potuto prendere parte al concorso precedente, ma che sono in possesso di titoli e di capacità superiori agli idonei ultimi classificati"*.

La DGR 1438 del 23 luglio 2015, nella parte in cui conduce a rendere disponibile la farmacia di Azzano Decimo ai candidati risultati idonei nella procedura concorsuale straordinaria per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio indetta e conclusa prima della sua istituzione, si pone in contrasto con la

disciplina nazionale ed, in particolare, con l'art. 48, comma 29, del D.L. 30 settembre 2003, n. 269, con l'art. 91 comma 4 del d.Lvo 267/2000 e con i principi generali che in virtù di quest'ultimo debbono ritenersi operanti e risulta in netto contrasto primariamente con il principio di buon andamento dell'attività amministrativa.

La qual cosa, oltre a rendere illecita per violazione di legge la delibera in esame, è evidentemente sintomatica dello sviamento di potere che con essa si sostanzia.

Non v'è chi non veda, infatti, come, a seguito dell'iniziativa del Comune, la Regione abbia proceduto ad istituire la quarta sede farmaceutica nel territorio di Azzano Decimo, con 3 anni di ritardo, facendo uso di un potere sostitutivo ormai caducato, lo abbia fatto a procedura concorsuale conclusa e successivamente al ricevimento, da parte della Commissione esaminatrice, della graduatoria definitiva del concorso disponendo, pur tuttavia, ed in contrasto con la legge ed i principi affermati unanimemente in giurisprudenza, che la detta farmacia fosse inserita tra quelle disponibili per i concorrenti risultati idonei nel concorso appena concluso unicamente allo scopo di por rimedio alle mancanze sia del Comune di Azzano Decimo (che non aveva proceduto all'istituzione della sede nel termine e nei modi di legge), sia proprie (che non aveva esercitato il potere sostitutivo di cui all'art. 11 c. 9 L. 27/2012) e pertanto in evidente sviamento di poteri.

c) **Violazione dell'art. 2 co. 1 L. 475/68 come modificato dall'art. 11 L. 27/2012, violazione dell'art. 97 Cost., eccesso di potere per difetto motivazione, illogicità, difetto di istruttoria, irragionevolezza e carenza della motivazione, contraddittorietà, sviamento di potere per aver la Regione individuato la zona di pertinenza della quarta sede farmaceutica di Azzano Decimo nella frazione di Corva anziché in quella di Fagnigola.**

Al di là di quanto sin qui esposto, la scelta di individuare come zona di insediamento della nuova sede farmaceutica del Comune di Azzano Decimo la frazione di Corva, appare a sua volta viziata da violazione di legge ed eccesso di potere.

Azzano Decimo, come si evince dall'elaborato del geom. Bortolus (doc. 10), è un Comune dell'*hinterland* di Pordenone i cui 15.601 abitanti (dato ISTAT 2010) sono prevalentemente insediati nel capoluogo – che comprende le località di Cesena e Le Fratte - (9.335) e nella frazione di Tiezzo (3.502). Le frazioni più periferiche sono quella di Corva (1.871 abitanti) e di Fagnigola (1.082 abitanti).

La frazione di Corva, dove si vorrebbe insediare la nuova sede farmaceutica, per quanto più popolosa, beneficia di una ubicazione che consente un facile accesso al servizio farmaceutico offerto dalla farmacia del ricorrente (che dista, dal centro della frazione, circa 2,5 Km).

L'accesso al servizio farmaceutico, per contro, risulta molto meno agevole per gli abitanti della frazione di Fagnigola, che trovano, nel Comune, la farmacia più vicina a 5 chilometri mentre, se “emigrano” verso comuni limitrofi, devono percorrere circa 3,5 chilometri per raggiungere la farmacia di Chions: tale distanza, oltre ad essere notevolmente superiore a quella che separa la farmacia del ricorrente dalla frazione di Corva, è anche molto meno agevole da percorrere, disponendo di un numero giornaliero di collegamenti dati dal servizio pubblico di bus pari a circa la metà rispetto a quelli operanti sulla tratta che unisce Corva a Tiezzo (doc. 12).

Esaminando l'immagine della pianta del Comune di Azzano Decimo, inoltre, si coglie come esso sia sostanzialmente diviso in due distinti agglomerati abitativi; quello composto da Tiezzo e Corva (meno densamente popolato, che annovera un totale di circa 5.300 abitanti) e quello del capoluogo (che comprende Le Fratte e Cesena, più densamente popolato, con circa 9.500 abitanti): distaccata ed isolata, per contro, resta la frazione di Fagnigola, con i suoi 1.082 abitanti che, comunque, logisticamente gravitano, per i servizi, sul capoluogo.

Andando ad istituire una sede farmaceutica a Corva, si avrebbe, sostanzialmente, che quest'ultima frazione, unitamente a quella di Tiezzo, (per un totale, ripetesì, di 5.300 abitanti), sarebbero servite da due farmacie: una ogni 2.680 abitanti circa. Viceversa,

il Capoluogo e la frazione di Fagnigola, che annoverano un totale di circa 10.400 abitanti, si troverebbero nella situazione di avere una farmacia ogni 5.200 abitanti.

Queste argomentazioni – fondate sulla stessa perizia tecnica del geo. Bortolus– hanno formato oggetto di intervento nel procedimento che ha portato la Regione all'istituzione della quarta sede farmaceutica del Comune di Azzano Decimo.

Nell'ambito della DGR 1438/2015 l'intervento del dott. Selva ha avuto adeguata considerazione, in termini quantitativi, ma il fine cui era preordinato è stato disatteso sulla base di motivazioni manifestamente illogiche e fondate su presupposti travisati si da viziare il provvedimento.

A ben vedere, infatti, nella sua parte motiva la Regione, nel tentativo di disattendere le obiezioni del ricorrente, altro non fa se non confermarle.

Come detto, esse erano infatti tese ad evidenziare come, nel comune di Azzano Decimo, esistano due distinte zone in cui si concentrano abitanti e servizi, rappresentate dal binomio Corva e Tiezzo (con i suoi 5.300 abitanti circa), servite dalla farmacia del ricorrente, da una parte, e il capoluogo, con Cesena e Le Fratte (con i suoi 9.500 abitanti circa), servite dalla farmacia Comunale e la Farmacia Innocente, dall'altra. Distaccata e sprovvista di servizio, si osservava essere la frazione di Fagnigola, con i suoi 1.100 abitanti circa, i quali, per accedere ad una farmacia erano chiamati a percorrere distanze davvero considerevoli. La qual cosa, si sosteneva, doveva essere considerata alla luce dell'art. 11 L. 27/2012 che, nell'individuazione delle nuove sedi farmaceutiche imponeva di perseguire il *"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."*

Difficile sostenere che, date queste premesse in fatto ed in diritto, l'ubicazione della quarta sede farmaceutica del Comune di Azzano Decimo potesse cadere in zona diversa da Fagnigola.

La Regione, sostanzialmente, prende atto del fatto che la frazione di Fagnigola rappresenta un corpo a sé nella ripartizione del territorio comunale, distante da tutte le farmacie già esistenti, ma per avallare le (indifendibili) scelte del Comune e disattendere l'indicazione della legge arriva a sostenere che gli abitanti della frazione di Fagnigola hanno accesso *"sia alle due farmacie del capoluogo, che alla farmacia della frazione di Tiezzo, mentre la frazione di Corva, tra l'altro più densamente popolata, non ha alcun esercizio farmaceutico in loco ed ha accesso più agevolmente solo alla farmacia della frazione di Tiezzo, mentre a nord ha accesso alle farmacie del vicino Comune di Pordenone ad una distanza, rispettivamente, di 5 km e di 4,5 km"*. Ciò significa, innanzitutto, che la Regione ha, in maniera manifestamente illogica, confrontato la scomodità d'accesso degli abitanti della frazione di Fagnigola ad una farmacia a quella degli abitanti di Corva ad una ulteriore farmacia, diversa da quella del ricorrente, che viene definita, comunque, di agevole accesso. Significa, poi, che in questo già assurdo confronto, la distanza rispettivamente di 5 e 4,5 chilometri che gli abitanti di Corva sono chiamati a percorrere, al di fuori del territorio del Comune, alla ricerca di una seconda farmacia di riferimento (ulteriore rispetto a quella del ricorrente, *agevolmente accessibile*), assume peso maggiore di quella, rispettivamente, di 4,5 chilometri e 6,3 chilometri che gli abitanti di Fagnigola sono chiamati a percorrere alla ricerca di una (prima) farmacia all'interno del proprio Comune.

Non solo. La Regione, per giustificare il clamoroso disattendimento del criterio di legge, secondo il quale nell'allocazione delle nuove sedi farmaceutiche è necessario perseguire il fine dell'"*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.*", si spinge a sostenere che, nella valutazione che attiene alla localizzazione della farmacie, è opportuno assicurare *"un contemperamento tra le esigenze generali ad una più ampia copertura del territorio a tutela della salute con quelle di natura più commerciale della insediabilità in una*

zona con bacino di utenza adeguato". Il che, in astratto, potrebbe anche essere condivisibile, ma nel caso che ci occupa altro non rappresenta se non una petizione di principio.

In primo luogo, se, come dice la Regione, la scelta di collocare la nuova sede farmaceutica a Corva anziché a Fagnigola discende da un contemperamento tra l'interesse generale alla più ampia copertura del territorio e quello particolare della sostenibilità economica della istituenda farmacia, di quel giudizio di contemperamento si sarebbe dovuta trovare traccia nel testo della delibera.

Infatti, posto che, proprio in forza dell'indicazione contenuta dalla legge, il fine che primariamente deve essere perseguito nella collocazione delle nuove farmacie è rappresentato da quello generale alla miglior capillarizzazione del servizio farmaceutico, anche a beneficio dei residenti in aree scarsamente popolate, la scelta di discostarsi da quella che, in base a questi principi, sarebbe dovuta essere la decisione naturale (farmacia a Fagnigola), avrebbe dovuto essere supportata da elementi concreti di istruttoria e di motivazione: ad esempio, si sarebbe dovuto condurre un'indagine comparativa sulle esigenze della popolazione di Fagnigola e di Corva (numero di anziani, esigenze della popolazione fragile e bisognosa, accessibilità a servizi di trasporto ecc.) per valutare la consistenza in concreto dell'interesse perseguito in via principale dalla legge, per poi confrontarlo con l'interesse particolare rappresentato dalla possibilità economica, valutata anch'essa in concreto, di una farmacia impiantata a Fagnigola di sostenersi.

A tal proposito, va osservato che Fagnigola non è una zona disabitata, ma anzi conta circa 1.100 abitanti: in Friuli Venezia Giulia, operano circa 50 farmacie (circa il 15% del totale) in Comuni con meno di 1.000 abitanti e i circa 1.100 di Fagnigola rappresentano un numero sicuramente adeguato ad assicurare un buon sostentamento di una farmacia. Considerando che la spesa media pro capite in farmacia, in Friuli Venezia Giulia, è di circa 400 euro l'anno e che la redditività media di un esercizio farmaceutico di questo genere (fatturato di circa 450.000 euro) è (almeno) del 10%

(fonte: Report Federfarma "Spesa Farmaceutica 2014", doc. 13), una sede collocata a Fagnigola sarebbe in grado di assicurare, al suo titolare, almeno 45 mila euro/anno, cui andrebbero aggiunti altri 10.000 euro circa delle indennità di residenza di cui alla L. 221/68 e alle Leggi Regionali del FVG n.ri 59/1981; 2/200 e 13/2000, che, a modesto parere di chi scrive, non sono affatto cifra trascurabile.

Non v'è chi non veda, per contro, come l'unico interesse economico realmente perseguito nella scelta della allocazione della nuova farmacia di Azzano Decimo sia quello della farmacia Comunale, che sarebbe stata evidentemente pregiudicata dall'ubicazione della nuova sede a Fagnigola, atteso che la popolazione residente in detta frazione gravita, attualmente, per buona parte, proprio su di essa.

Alla luce di un tanto, appare evidente come la delibera regionale qui impugnata sia viziata da eccesso di potere (difetto di istruttoria, difetto di motivazione, manifesta illogicità e irragionevolezza, contraddittorietà, sviamento di potere) e da violazione di legge (in relazione all'art. 2 co. 1 L. 475/68 come modificato dall'art. 11 L. 27/2012).

3) Istanza cautelare

Richiamato, quanto al *fumus*, ciò che si è sino ad ora scritto, va osservato che la mancata sospensione dei provvedimenti impugnati arrecherebbe un danno grave ed irreparabile al ricorrente.

La sussistenza del *periculum* è di tutta evidenza: nel BUR n. 31 del 5 Agosto u.s. è stata pubblicata la graduatoria del concorso straordinario per l'assegnazione delle nuove sedi farmaceutiche del FVG ed i candidati risultati vincitori, in ragione del fatto che, illegittimamente, la Regione, con la delibera impugnata ha modificato la lista delle sedi disponibili inserendovi quella di Azzano Decimo, potranno richiederne l'assegnazione. In mancanza della sospensione degli atti impugnati si determinerebbero effetti irreversibili a danno del ricorrente, con consolidamento della posizione del candidato a cui verrà attribuita la sede di Azzano Decimo a seguito della fase di interpello.

L'illegittima istituzione della farmacia oggetto dell'impugnazione è atto destinato a recare danno al ricorrente, nella misura in cui andrebbe a privare la sua farmacia di una quota significativa del proprio bacino d'utenza, abbattendone inesorabilmente l'avviamento commerciale e la sua assegnazione, all'esito della procedura concorsuale, renderebbe irreparabile detto danno.

Del resto, la sospensione non andrebbe a penalizzare alcuna esigenza di carattere pubblico particolare, non venendosi in alcun modo a ridurre l'assistenza farmaceutica del Comune di Azzano Decimo, ed in particolare della frazione di Corva, definita *adeguata* dalla Regione stessa nel contesto della delibera impugnata.

In via del tutto subordinata, per il caso in cui non si ritenesse di sospendere l'efficacia degli atti impugnati, si chiede di disporre, sempre in via cautelare, che l'assegnazione della sede farmaceutica di Azzano Decimo avvenga "*con riserva*" in attesa dell'esito del presente giudizio, così da non pregiudicare, in relazione al consolidamento delle posizioni di altri soggetti, l'interesse legittimo del ricorrente.

Tutto ciò premesso, con riserva di presentare motivi aggiunti, il dott. Giuseppe Selva, a mezzo del sottoscritto difensore

chiede

che, in accoglimento del ricorso, siano dichiarati nulli e/o annullati i provvedimenti impugnati previa, in via cautelare, la sospensione della loro efficacia o l'adozione dei provvedimenti richiesti in via cautelare subordinata.

Spese rifuse.

Ai sensi dell'art. 14 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 e successive modifiche, si dichiara che il valore della presente controversia è indeterminabile ed il contributo unificato è dovuto nella misura di € 650,00.=

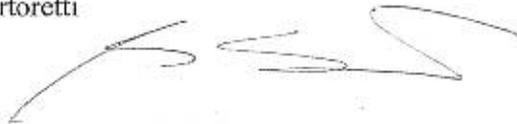
Si allegano i seguenti documenti:

- 1) Delibera Giunta Comune Azzano Decimo n. 32/2015;
- 2) DGR FVG n. 1438/2015

- 3) DGR FVG 42/2013 e allegati;
- 4) Nota Comune di Azzano Decimo 20 aprile 2012
- 5) Sentenza TAR FVG 315/2013;
- 6) Delibera Consiglio Comunale Azzano Decimo n. 62/2013;
- 7) Delibera Consiglio Comunale Azzano Decimo n. 83/2013;
- 8) Sentenza TAR FVG 581/2014;
- 9) Intervento dott. Selva;
- 10) Perizia geom. Bortolus;
- 11) Decreto del Direttore dell'Area servizi assistenza primaria del 23 luglio 2015 n. 545/SPS;
- 12) Orari Bus Corva - Tiezzo; Fagnigola - Chions;
- 13) Report Federfarma 2014;
- 14) Relazione Commissione esaminatrice 2 luglio 2015.

Udine/Trieste, 12 ottobre 2015

Avv. Michele Sartoretti



Relazione di notificazione

Richiesto come in atti io sottoscritto Ufficiale Giudiziario addetto all'Ufficio UNEP presso la Corte d'Appello di Trieste ho notificato il suesteso ricorso a:

Comune di Azzano Decimo, in persona del Sindaco *p.t.*, con sede in Azzano Decimo (PN), P.zza Libertà n. 1, mediante consegna di copia conforme all'originale con plico postale racc.a.r. a norma di legge.

Trieste,

Comune di Azzano Decimo, in persona del Sindaco *p.t.*, quale titolare della farmacia comunale di Azzano Decimo, con sede in Azzano Decimo (PN), P.zza Libertà n. 1, mediante consegna di copia conforme all'originale con plico postale racc.a.r. a norma di legge.

Trieste,

Azienda per l'Assistenza Sanitaria n. 5 "Friuli Occidentale" (già Azienda per i Servizi Sanitari n. 6 "Friuli Occidentale"), in persona del Direttore generale *p.t.*, con sede in Pordenone, via della Vecchia Ceramica n. 1, mediante consegna di copia conforme all'originale con plico postale racc.a.r. a norma di legge.

Trieste,

Ordine dei Farmacisti della Provincia di Pordenone, in persona del Presidente *p.t.*, con sede in Pordenone, Via G. Galilei n. 21, mediante consegna di copia conforme all'originale con plico postale racc.a.r. a norma di legge.

Trieste,

Farmacia Comunale di Azzano S.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, con sede in Azzano Decimo, Via Rimembranze n. 15, quale gestore della Farmacia Comunale sita in 33082 Azzano Decimo, Via Rimembranze n. 15, mediante consegna di copia conforme all'originale con plico postale racc.a.r. a norma di legge.

Trieste,

Dr. **Ferdinando Spagnolo**, residente in Latisana (UD), Via Tisanotti n. 11, mediante consegna di copia conforme all'originale con plico postale racc.a.r. a norma di legge.
Trieste,

Dr. **Giuseppe Migliore**, residente in Mogliano Veneto (TV), Via Casoni n. 72, mediante consegna di copia conforme all'originale con plico postale racc.a.r. a norma di legge.
Trieste,

Dr. **Mario Codarin**, residente in Castions di Strada (UD), Viale Europa n. 7/1, mediante consegna di copia conforme all'originale con plico postale racc.a.r. a norma di legge.
Trieste,

Dr. **Alessandro Godeas**, residente in Ronchis (UD) Via Maggiore n. 10, mediante consegna di copia conforme all'originale con plico postale racc.a.r. a norma di legge.
Trieste,

Dott.ssa **Valeria Falagiani**, residente in Trieste, Via Hermet n. 4, mediante consegna di copia conforme all'originale ed ivi a mani di
Trieste,

Regione Autonoma del Friuli Venezia Giulia, in persona del Presidente *p.t.*, con sede in Trieste, P.zza Unità d'Italia n. 1, mediante consegna di copia conforme all'originale ed ivi a mani di *Carlo Pizzarello*
13/10/15
CARMELLO SPIETTA
Ufficio Giudiziario
Corte d'Appello - Trieste

Regione Autonoma del Friuli Venezia Giulia, in persona del Presidente *p.t.*, presso l'Avvocatura dello Stato sita in Trieste, P.zza Dalmazia n. 3, mediante consegna di copia conforme all'originale ed ivi a mani di