

N. 02313/2012 REG.PROV.COLL.

N. 03131/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3131 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
CHIARA ORTOLAN, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Astolfi, Sonia Selletti, Annalisa Cecchi, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, via Larga n. 8;

contro

AZIENDA SANITARIA LOCALE CITTÀ DI MILANO, rappresentata e difesa dall'avv. Rocco Noviello, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, via G. Leopardi n. 14;

nei confronti di

FARMACIA SAN CARLO SAS DI SALDUTTI RAFFAELE & C., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Cavallaro, Claudio Duchi, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, Largo Augusto n. 3;

per l'annullamento,

- (con il ricorso principale) della deliberazione della Azienda Sanitaria Locale Città di Milano n. 1147 del 29 agosto 2011, con la quale la Farmacia San Carlo s.a.s. di Saldutti Raffaele è stata autorizzata al trasferimento dell'esercizio in nuovi locali siti in Corso Europa n. 12;

- (con il ricorso per motivi aggiunti depositati il 16 marzo 2012) della deliberazione della ASL del 3 gennaio 2012 che ha disposto la chiusura della Farmacia San Carlo s.a.s. di Saldutti Raffaele a partire dal 16 gennaio 2012; nonché della nota che la Azienda Sanitaria Locale Città di Milano, indirizzata in data 5 ottobre 2011 alla Regione Lombardia, con la quale è stata evidenziata la anomalia dalla parziale sovrapposizione delle sedi farmaceutiche per cui è causa e di altre situazioni analoghe nella pianta organica della città di Milano;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della AZIENDA SANITARIA LOCALE della CITTÀ di MILANO e della FARMACIA SAN CARLO SAS di SALDUTTI RAFFAELE & C.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2012 il dott. Dario Simeoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La dr.ssa CHIARA ORTOLAN, titolare in Milano della sede farmaceutica n. 91, ha impugnato il provvedimento adottato dalla ASL CITTÀ di MILANO in data 29.8.2011, in forza del quale la controinteressata FARMACIA SAN CARLO di SALDUTTI RAFFAELE & C. SAS, titolare della sede farmaceutica n. 92 (il cui esercizio, sino all'agosto 2011, era sito in Corso Vittorio Emanuele II n. 15), è stata autorizzata in via provvisoria a trasferire il proprio esercizio in nuovi locali ubicati in Corso Europa n. 12.

Si sono costituiti in giudizio l'amministrazione resistente e la farmacia controinteressata, chiedendo il rigetto del ricorso.

1.1. Con ordinanza del 19 dicembre 2011, questa Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha accolto la domanda cautelare, motivando che *“dalla documentazione versata in atti emerge che l'amministrazione ha autorizzato il trasferimento della farmacia gestita dalla controinteressata in un immobile collocato nella zona di competenza della ricorrente, atteso che la deliberazione regionale del 1992, che ha delimitato la sede n. 91, non è stata modificata sul punto dalle successive determinazioni regionali e comprende espressamente in tale sede “...corso Europa incluso fino al civico n. 12 incluso ...”;* che, inoltre, il provvedimento impugnato, pur qualificando come provvisorio il trasferimento, non lo ha delimitato sul piano temporale, né direttamente, né indirettamente, rendendo indefinita la durata di tale trasferimento in zona non di competenza, in violazione della disciplina dettata dalla legge 1968 n. 475 e dal d.p.r. 1971 n. 1275: è stata, pertanto, fissata per la decisione di merito l'udienza pubblica del 6 giugno 2012.

1.2. Il Consiglio di Stato (ord. n. 369 del 27 gennaio 2012), in sede di appello cautelare, *“ritenuto, ad un primo esame, che appare sussistere un principio di fumus boni juris, sebbene la questione in fatto, relativa alla denunciata “invasione” della sede farmaceutica n.91 da parte dell'appellante, meriterebbe adeguato approfondimento istruttorio; ritenuto che, sotto il profilo del danno grave e irreparabile, nella ponderazione degli interessi in gioco, va accordata tutela all'interesse economico-professionale di parte appellante, tenendo conto altresì dell'interesse pubblico alla più larga accessibilità ai farmaci da parte dell'utenza e alla tendenziale realizzazione in atto di un processo di liberalizzazione anche nel settore farmaceutico”*, ha riformato l'ordinanza del TAR e, per l'effetto, ha respinto l'istanza cautelare proposta in primo grado.

1.3. Successivamente, all'esito della camera di consiglio del 1 febbraio 2012, il TAR, chiamato a pronunciarsi sull'istanza istruttoria depositata il 27 dicembre 2011 dalla controinteressata FARMACIA SAN CARLO affinché venisse disposta una verifica che determinasse nel perimetro di quale sede farmaceutica dovesse essere ricompreso (in base alle piante organiche del 1992 e del 1994) il civico n. 12 di Corso Europa a Milano, l'ha respinta avendo ritenuto che *“il mezzo di prova di cui è chiesta l'acquisizione, seppure ammissibile, non è rilevante nel caso di specie, in quanto la conoscenza del dato fattuale, cui tende il mezzo di prova richiesto, discende dalla documentazione già versata in atti dalle parti ed, in particolare, dalle deliberazioni regionali del 1992 e del 1997 (non modificata dalla deliberazione del 1997 in relazione alla delimitazione della zona n. 91), sicché la verifica sul punto risulta superflua”*; la Sezione, pertanto, ha fissato nuovamente l'udienza di discussione del merito alla data del 6 giugno 2012.

1.4. Con ricorso per motivi aggiunti, depositati il 16 marzo 2012, è stata gravata dalla ricorrente anche la deliberazione della Azienda Sanitaria Locale resistente del 3 gennaio 2012 che, in ottemperanza della ordinanza cautelare del TAR del 19 dicembre 2011, ha disposto la chiusura della FARMACIA SAN CARLO a partire dal 16 gennaio 2012, nonché la nota della medesima Azienda Sanitaria Locale, indirizzata in data 5 ottobre 2011 alla Regione Lombardia, con la quale veniva evidenziata l'anomalia dalla parziale sovrapposizione delle sedi farmaceutiche per cui è causa oltre che di altre situazioni analoghe sussistenti nella pianta organica della città di Milano.

1.5. Da ultimo, la causa è stata discussa e decisa con sentenza definitiva all'odierna udienza del 12 giugno 2012 (e non del 6 giugno 2012, in ragione di un breve differimento disposto d'ufficio).

2. Ciò premesso con riguardo allo svolgimento del processo, la dottoressa ORTOLAN solleva un duplice ordine di censure, la fondatezza del primo dei quali, come si vedrà, è dirimente ai fini dell'accoglimento del pretesa azionata.

3. Sostiene la ricorrente che, in base alla pianta organica del 1992, i nuovi locali di Corso Europa n. 12 rientrerebbero interamente all'interno della sede n. 91 a lei assegnata; dunque, il trasferimento della Farmacia San Carlo sarebbe illegittimo in quanto disposto in violazione degli articoli 1 l. n. 475/1968 e 13 d.p.r. n. 1275/1971, i quali consentono sì il trasferimento di una farmacia in un altro locale purché però ciò avvenga nell'ambito della stessa sede per la quale fu concessa l'autorizzazione.

3.1. La farmacia controinteressata riconosce che, sulla scorta dell'ultima revisione complessiva della pianta organica della città di Milano adottata nel 1992 (con DGR del 29.10.1992 n. 5/28919), una piccola parte di Corso Europa, *“fino al civico 12 incluso”*, era stata fatta rientrare nella sede n. 91 (quella della ricorrente). Aggiunge, tuttavia, che, poiché negli anni successivi il titolare della sede n. 94 aveva aderito ad una procedura di decentramento verso la periferia e con deliberazione del regionale del 1997 (DGR del 21.03.1997 n. 6/26326) il relativo territorio era stato ripartito tra le confinanti sedi n. 90 e n. 92, i nuovi confini della sede n. 92 erano stati così indicati: *“via Agnello esclusa, p.za S. Fedele esclusa, via Catena inclusa, corso Matteotti incluso, p.za S. Babila inclusa, Largo Toscanini incluso, via Borgogna esclusa, via Durini inclusa, Largo Augusto escluso, via Cavallotti esclusa, p.za Beccaria esclusa, c.so Vittorio Emanuele incluso, fino a via Agnello”*. Pertanto, poiché tali confini ricomprendono l'intero Corso Europa, la revisione del 1997, conclude la controinteressata, avrebbe introdotto una modifica della pianta organica precedente cosicché, da quel momento in poi, l'intero Corso Europa sarebbe rientrato nella sede n. 92. Sotto altro profilo, aggiunge che, conformemente alle prescrizioni di legge, i nuovi locali disterebbero più di 200 metri dalle farmacie più vicine, nonché soddisferebbero certamente le esigenze della popolazione.

3.2. Nel corso del giudizio la controinteressata ha prodotto anche una relazione tecnica di parte, asseverata da due architetti e da un ingegnere, depositata il 9 marzo 2012. Secondo tale perizia, in base alla pianta organica del 1992, il locale di corso Europa n. 12 rientrava tanto nel perimetro della sede 91 quanto in quello della sede 94, poiché le superfici di tali sedi erano parzialmente sovrapposte. In base alla pianta organica del 1997, poi, i locali di corso Europa furono fatti rientrare nel perimetro della sede farmaceutica n. 92 (quest'ultima che in precedenza non comprendeva corso Europa, dal 1997 lo ricomprenderebbe da piazza San Babila sino alla intersezione con via Cavallotti).

3.3. Anche la difesa della Azienda Sanitaria è nel senso che già la pianta organica del 1992 contenesse un contrasto tra le sedi n. 91 e n. 94, in quanto la porzione di corso Europa in discussione era stata assegnata a ciascuna di esse (in particolare, la sede n. 91 espressamente includeva il corso Europa incluso il civico n. 12; la sede n. 94 faceva riferimento al corso Europa incluso sino a via Cavallotti, comprendendo, dunque, anche il civico n. 12). Con la delibera del 1997, avente per oggetto la suddivisione della sede 94 fra le sedi 90 e 92, il civico n. 12 del corso Europa era stato trasferito alla sede della Farmacia San Carlo. L'azienda eccepisce, di conseguenza, la tardività del ricorso per mancata impugnazione nei termini della pianta organica originaria.

3.4. Sia l'azienda sanitaria che la farmacia controinteressata, poi, ricordano che il Comune di Milano, con delibera della Giunta n. 2943 del 18.12.2006, aveva proposto una revisione complessiva della pianta organica delle sedi farmaceutiche alla stregua della quale, per quanto qui di interesse, Corso Europa veniva interamente ricompreso nella sede n. 92. La proposta comunale, si argomenta, confermerebbe la revisione parziale del 1997, secondo la quale la sede n. 91 non ricomprenderebbe alcun tratto di corso Europa, mentre la sede n. 92 lo ricomprende per intero.

3.5. Orbene, ritiene il Collegio che il denunciato vizio di "sconfinamento" sia fondato. Occorre premettere come l'interpretazione degli atti amministrativi soggiaccia alle stesse regole dettate (dall'art. 1362 e ss. c.c.) per l'interpretazione dei contratti; tra tali regole assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, dovendo in ogni caso il giudice ricostruire l'intento dell'Amministrazione ed il potere che essa ha inteso esercitare in base al contenuto complessivo dell'atto; occorre, poi, tener conto del criterio di interpretazione di buona fede ex art. 1366 c.c., alla cui stregua gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento che impone alla p.a. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative.

Nella specie, la deliberazione regionale del 1992 (recante, si ripete, la pianta organica delle sedi farmaceutiche del Comune di Milano, adottata con DGR n. 5/29212 del 3 novembre 1992), nel delimitare la sede n. 91, comprende espressamente in tale sede "...*corso Europa incluso fino al civico n. 12 incluso ...*". Tale precisa perimetrazione, unitamente al canone ermeneutico di interpretazione globale e coerenza sistematica (che esclude qualsivoglia intento della amministrazione di operare una indebita sovrapposizione tra le sedi), induce a ritenere che laddove la stessa pianta, con riguardo alla sede n. 94, fa riferimento al corso Europa, incluso sino a via Cavallotti, non abbia alcuna intenzione di annettervi anche il civico n. 12 che pianamente essa attribuisce ad altra sede. Tali confini, poi, non sono stati affatto modificati dalle successive determinazioni regionali. La determinazione del 1997, non ha avuto per oggetto e per effetto alcuna revisione della pianta organica, bensì ha inteso esclusivamente procedere alla ripermetrazione dei confini delle sedi adiacenti n. 92 e n. 90, al fine di redistribuire fra queste ultime il territorio derelitto della sede n. 94, sicché, in mancanza, i confini della sede n. 91 non possono che essere rimasti quelli del 1992. Sostenere che la pianta organica del 1997 abbia modificato

“implicitamente” i confini della sede n. 91 mediante la ripermetrazione della sede n. 92, significherebbe addebitare al cittadino un onere di ricostruzione dell’effettiva volontà dell’amministrazione mediante astruse indagini ermeneutiche.

La delibera di giunta comunale n. 2943 del 18 dicembre 2006, poi, costituisce una mera proposta di modifica, la quale, oltre ad essere priva di qualsivoglia effetto determinativo in quanto non recepita dall’ente regionale, integra semmai un argomento a favore della tesi attorea giacché conferma, nei termini appena descritti, l’assetto distributivo fissato dalla delibera del 1992 che, non a caso, si propone di modificare.

3.6. Sotto altro profilo, la tesi della parziale sovrapposizione, non condivisa dal Collegio per le ragioni anzidette, non recherebbe miglior fortuna alle sorti del provvedimento impugnato; difatti, in tal evenienza, la determinazione della ASL di autorizzazione al trasferimento sarebbe comunque illegittima in via derivata in quanto esecutiva di una pianta organica contenente una perimetrazione delle sedi farmaceutiche contrarie al disposto normativo (vigente *ratione temporis*). Né potrebbe, a questa stregua, eccipirsi l’inammissibilità dell’odierno ricorso per intervenuta inoppugnabilità della pianta organica, sorgendo (secondo in principi generali) l’onere di impugnazione dell’atto presupposto soltanto all’epoca della emersione della concreta lesione.

3.7. Occorre, a questo punto, verificare se, indipendentemente da quanto si è finora esposto, la recente riforma dell’ordinamento farmaceutico recata dall’articolo 11 del d.l. 1/2012, convertito nella l. 27/2012, valga a rendere improcedibile la pretesa della ricorrente per sopravvenuta impossibilità della sua soddisfazione. Sul punto, le resistenti sostengono che, a seguito della novella, la localizzazione delle farmacie non sarebbe più caratterizzata dalla assegnazione ad ogni farmacia di una zona esclusiva, bensì mediante la soppressione delle sedi individuali e l’assegnazione a ciascuna farmacia di una zona definita sommariamente attraverso le indicazioni frazioni, quartieri et similia; si cita, in tal senso, l’interpretazione offerta dal Ministero della Salute con parere del 21 marzo 2012.

Sul punto, il Collegio, in disparte ogni considerazione sul principio *tempus regi actum* e sulla eventuale persistenza di un interesse risarcitorio a supportare la pronuncia di annullamento, ritiene non condivisibili le considerazioni svolte dalle resistenti. Effettivamente il Ministero della Salute, in un parere reso in data 21 marzo 2012 in risposta ad alcuni quesiti posti dalle Regioni, ha affermato che la modifica apportata dal comma 1, lettera c) dell’articolo 11 “è, *inequivocabilmente, diretta ad eliminare la pianta organica delle farmacie e le procedure alla stessa correlate*”; aggiunge, poi, che la localizzazione ora “è *svincolata dalla necessità di definire esattamente un territorio di astratta pertinenza di ciascun nuovo esercizio e non incontra limiti nella perimetrazione delle sedi già aperte, dovendo soltanto assicurare un’equa distribuzione sul territorio degli esercizi e tener conto dell’esigenza di garantire l’accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate. L’individuazione delle “zone” può dunque avvenire anche in forma assai semplificata (ad esempio, indicando una determinata via e le strade adiacenti). E’, infine, da ritenere che l’apertura di una nuova farmacia ancora debba rispettare la distanza minima di 200 metri dalle farmacie aperte*”.

Sebbene a parere del Ministero non si debba più parlare di “pianta organica”, tuttavia, è indubbio che la riforma non abbia superato il sistema di programmazione territoriale delle farmacie. Non a caso la novella lascia comunque in vigore molte delle norme precedentemente vigenti in materia di circoscrizioni farmaceutiche; in particolare persiste l’art. 1, comma 4, legge 2 aprile 1968 n. 475 secondo cui “*Chi intende trasferire una farmacia in un altro locale nell’ambito della sede per la quale fu concessa l’autorizzazione deve farne domanda all’autorità sanitaria competente per territorio. Tale locale, indicato nell’ambito della stessa sede ricompresa nel territorio comunale,*

deve essere situato ad una distanza dagli altri esercizi non inferiore a 200 metri. La distanza è misurata per la via pedonale più breve tra soglia e soglia delle farmacie. Non vi sono, dunque, ragioni per ritenere improcedibile la pretesa della ricorrente.

4. La ricorrente deduce, ulteriori profili di illegittimità. In particolare: - la Farmacia San Carlo, avendo partecipato ad una recente procedura di decentramento volontario ed avendo accettato la sede periferica "E", avrebbe implicitamente rinunciato alla titolarità della sede n. 92 sicché, comunque, non avrebbe potuto essere ottenuta l'autorizzazione al trasferimento all'interno della sede medesima; - il provvedimento di autorizzazione sarebbe illegittimo poiché non reca alcun termine che delimiti la durata del trasferimento in zona tra l'altro non di competenza; sarebbero, poi, mancati i presupposti stessi per disporre il trasferimento (non le ragioni di urgenza, giacché non risulterebbe documentato lo sfratto esecutivo della Farmacia dai locali di corso Vittorio Emanuele; non le difficoltà di reperire i nuovi locali nella zona E, in quanto la farmacia controinteressata avrebbe avuto tutto il tempo per trovare adeguati locali della nuova sede senza essere costretta a investire tempo e denaro in un trasferimento provvisorio).

4.1. Questo secondo ordine di censure può essere assorbito, in quanto trattasi di vizi che presuppongono non venga comprovato lo sconfinamento di sede. Una volta, tuttavia, accertata dal Giudice quest'ultima circostanza, è escluso un interesse della ricorrente ad un annullamento per profili di illegittimità idonei ad arrecare una utilità sostanziale minore. Del resto, quanto alla pretesa illegittimità del provvedimento impugnato per mancata indicazione del termine di efficacia del medesimo, il termine assegnato dalla Regione è stato nel frattempo prorogato, con atto della regione Lombardia, del 2 febbraio 2012 sino al 12 gennaio 2013.

5. Veniamo ai motivi aggiunti.

5.1. Con la nota indirizzata alla Regione Lombardia del 5 ottobre 2011, la ASL, ha riconosciuto che una delle sei sovrapposizioni rilevate dalla relazione tecnica allegata alla delibera della giunta comunale del 2006 (cfr. in atti) riguardava proprio il confine tra le sedi 91 e 92 ed ha sottolineato l'esigenza che la questione venisse affrontata con sollecitudine. La nota del 5 ottobre 2011, secondo la ricorrente, dimostrerebbe che l'azienda sanitaria, sin dall'epoca del rilascio dell'autorizzazione al trasferimento, era ben consapevole della criticità nella delimitazione delle sedi delle farmacie della ricorrente e della controinteressata.

Senonché, l'impugnazione è inammissibile trattandosi di una mera comunicazione fra enti pubblici priva di qualsiasi effetto provvedimentoale esterno.

5.2. Con la deliberazione n. 2 del 3 gennaio 2012, la ASL ha dato ottemperanza alla ordinanza del Tar Lombardia del 19 dicembre 2011, disponendo la chiusura della Farmacia San Carlo in via provvisoria e fino a diverso nuovo provvedimento. Si tratta, come si vede, di provvedimento favorevole alla ricorrente; tuttavia, quest'ultima, soffermandosi su alcune valutazioni contenute nella premessa, ha impugnato l'atto nella parte in cui sembra riconoscere alla controinteressata la facoltà di effettuare il decentramento e quindi il diritto di individuare una nuova sede sia nella zona di decentramento assegnata sia nell'ambito della sede di attuale di pertinenza. Sostiene la ricorrente che, al contrario, sussisterebbe un obbligo da parte del titolare della farmacia di trasferire i locali nel momento in cui, a seguito di formale assegnazione da parte della regione di una nuova sede all'esito di una procedura indetta per il decentramento di sedi farmaceutiche nella periferia comunale, sia intervenuta formale e libera accettazione (cita la pronuncia del Consiglio di Stato n. 68/2006, a sostegno della tesi secondo la quale l'assegnazione di nuova sede per trasferimento comporta automaticamente la revoca della precedente assegnazione).

Ritiene il Collegio che anche tale impugnazione sia inammissibile per carenza di interesse. Mentre, infatti, la ricorrente ha un interesse giuridicamente rilevante affinché venga assicurato il rispetto della perimetrazione della propria sede, al contrario non ha un interesse personale alla definizione del quesito astratto se la partecipazione di una farmacia alla procedura di decentramento possa comportare per quest'ultima un ostacolo al suo trasferimento in altri locali della sede di competenza. La ricorrente, sul punto, argomenta di avere un interesse concreto alla nuova delimitazione delle sedi del centro una volta conclusa la procedura di decentramento. In senso contrario, deve osservarsi che, una volta conclusa la procedura di decentramento, non è affatto detto che la sede n. 92 subirà un processo di distribuzione del suo territorio in favore dei titolari di farmacie situate nelle sedi limitrofe, potendo piuttosto essere messa a concorso in favore di nuove farmacie, ciò soprattutto alla stregua dei dettami della riforma che ha aumentato il numero delle farmacie in rapporto agli abitanti. Quella della ricorrente, dunque, è una prospettazione, allo stato, incerta ed eventuale.

6. Le spese di lite seguono la soccombenza come di norma.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

ACCOGLIE il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti indicati in epigrafe nel senso di cui in motivazione;

CONDANNA, in solido la azienda sanitaria resistente e la controinteressata al pagamento delle spese di lite in favore del ricorrente che si liquida in € 2.000,00, oltre IVA, CPA e rimborso C.U., come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario

Dario Simeoli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/09/2012

IL SEGRETARIO

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