

Pubblicato il 27/10/2021

N. 07184/2021REG.PROV.COLL.

N. 02971/2021 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2971 del 2021, proposto da

Asl Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Libera Valla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Igea s.n.c. di Bucci e Lastella, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Edmondo Stolfi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Vittorio Olivieri in Roma, largo Orazi e Curiazi n.3;

Comune di Modugno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Cristina Carlucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv.

Renzo Cuonzo in Roma, via di Monte Fiore n. 22;

nei confronti

Farmacia Dott. Stanzone s.n.c. di Francesco e Pantaleo Stanzone, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Muscatello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 00037/2021, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Igea s.n.c. di Bucci e Lastella, del Comune di Modugno e della Farmacia Dott. Stanzone s.n.c. di Francesco e Pantaleo Stanzone;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2021 il Cons. Ezio Fedullo e dato atto, quanto ai difensori e alla loro presenza, di quanto indicato a verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con la sentenza (n. 37 del 7 gennaio 2021) appellata, il T.A.R. per la Puglia ha accolto il ricorso proposto dalla Igea s.n.c. dei dottori Bucci e Lastella contro il Comune di Modugno e l'Azienda sanitaria locale di Bari, per l'accertamento dell'illegittimità del silenzio-inadempimento formatosi sulla domanda di autorizzazione al trasferimento dei locali della "Farmacia San Paolo" alla via Ancona n. 4 in Modugno, all'interno della stessa sede assegnata (la n. 11 di cui alla pianta organica), presentata in data 12 marzo 2019 al Comune di Modugno: silenzio cui, secondo le deduzioni attoree, avevano concorso sia il Comune di Modugno, omettendo qualsiasi determinazione in ordine alla suddetta domanda di trasferimento, sia l'A.S.L. di Bari, che aveva omesso di procedere alla propria attività d'ispezione sanitaria ai sensi dell'art. 111 del r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (Testo unico delle leggi sanitarie), a mente del quale l'apertura e l'esercizio di una farmacia non possono aver luogo, se non dopo che sia stata eseguita una ispezione "al fine di accertare che i locali, gli arredi, le provviste, la qualità e quantità dei medicinali siano regolari, tali da offrire piena garanzia di buon esercizio".

Il T.A.R. ha escluso, in primo luogo, l'idoneità a giustificare la contestata condotta omissiva della nota della A.S.L. Bari prot. n. 65447/2020 del 14 aprile 2020 (confermata con nota prot. 72872/2020 del 5 maggio 2020), con la quale, in riscontro alla richiesta di sopralluogo della società Igea s.n.c. del 27 marzo 2020, si comunicava che "non si può dare seguito a quanto richiesto dato atto della incongruenza riscontrata tra la domanda di trasferimento, pervenuta in data 01/03/2019 e pubblicata all'albo pretorio ASL Bari in data 12/03/2019, e la richiesta di sopralluogo innanzi riportata": incongruenza rappresentata dalla imprecisione presente in taluni atti prodotti circa il numero civico esatto (4 o 5) della via Ancona presso cui effettuare il richiesto trasferimento.

Il giudice di primo grado ha in particolare evidenziato che:

- la relazione tecnica allegata alla domanda di trasferimento, nonché quella di idoneità dei locali, come da documentazione inviata via P.E.C. all'Area gestione farmaceutica dell'A.S.L. in data 27 marzo 2020, attesta che i lavori edili sono stati eseguiti per l'adeguamento dei locali della via Ancona n. 4 in Modugno;

- tutta la documentazione amministrativa, tecnica e cartografica allegata è riferita al n. 4 di via Ancona, con la conseguenza che “non v’è dunque alcun dubbio circa i locali da considerare, ai fini dell’ispezione sanitaria propedeutica al rilascio finale dell’autorizzazione”;

- l’unico atto “difforme” è la prima istanza prodotta all’A.S.L. di Bari, datata 1° marzo 2019, che reca l’erroneo n. 5, anziché il corretto n. 4;

- tuttavia, con istanza di rettifica, datata 12 marzo 2019, l’istanza precedente è stata corretta, identificandosi l’esatto civico n. 4, per cui l’A.S.L. di Bari era in grado di procedere ad una semplice pubblicazione di rettifica sul proprio albo pretorio (sul quale era stata pubblicata la precedente istanza);

- con lettera a firma del legale dell’istante del 15 aprile 2019 veniva ribadito all’A.S.L. di Bari di procedere alla dovuta ispezione sanitaria presso il civico n. 4 di via Ancona.

- il Comune di Modugno, ancor prima della rettifica della parte istante, con nota prot. n. 11054 del 1° marzo 2019 (coeva alla prima istanza appunto del 1° marzo 2019, riportante l’erroneo n. 5), nel rimettere al S.U.A.P. la pratica e nel notiziare, per conoscenza, la Regione Puglia e l’A.S.L. di Bari, indicava il corretto n. 4 di via Ancona.

Pertanto, ha concluso il T.A.R., trattavasi di mero errore evidente e riconoscibile e in fatto riconosciuto dalla Città di Modugno, non sufficiente a precludere la doverosa attività amministrativa, da espletarsi nei termini di legge.

Quanto invece al comportamento omissivo comunale, ha rilevato il giudice di primo grado che, per parte sua, il Comune di Modugno, benché avesse piena contezza del luogo del trasferimento, è rimasto in toto inerte, pur incombindogli le attività d’impulso e conclusive del procedimento di autorizzazione al trasferimento, come peraltro previste dalla disciplina in materia di S.U.A.P., di cui al d.P.R. 20 ottobre 1998 n. 447 e al d.P.R. 7 settembre 2010 n. 160.

Il T.A.R. ha altresì evidenziato, quanto alla opposta cattiva qualità grafica della perizia giurata, che essa concerne il semplice calcolo della distanza dei duecento metri (art. 1, comma 4°, legge 2 aprile 1968 n. 475), intercorrenti tra la farmacia dei dottori Stanzone e la farmacia dell’istante società Igea, e che trattasi di mera correzione a penna del n. 5 in n. 4: tuttavia, ha aggiunto il giudice barese, “la redazione della perizia giurata, in parte a stampa e in parte a penna, non può denotarne l’invalidità – come sostenuto dall’Amministrazione sanitaria resistente e dal controinteressato – trattandosi di atto ricevuto dal pubblico ufficiale del Tribunale, il solo deputato a verificarne in primis la correttezza formale del documento e indi a verbalizzarvi in accluso allegato il rituale giuramento prestato”.

In ogni caso, ha evidenziato il T.A.R., “trattasi di (presunta) imperfezione, che non inficia la sostanza, in quanto la perizia giurata in questione è diretta a fornire solo un principio di prova del rispetto dei duecento metri, il cui accertamento concreto invece compete alla preposta Autorità, né l’errore sul numero civico appare in se stesso significativo, attestandosi nella perizia una distanza lineare “abbondantemente superiore ai duecento m.” minimi necessari”.

Inoltre, ha osservato il giudice di primo grado che il responsabile del procedimento, che, ai sensi dell’art. 6, comma 1, lett. b), della legge 7 agosto 1990 n. 241, accerta d’ufficio i fatti, adottando ogni misura per l’adeguato e sollecito svolgimento dell’istruttoria, di sua iniziativa, può chiedere la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e ordinare esibizioni documentali.

Il T.A.R. ha quindi conclusivamente dichiarato l’obbligo delle Amministrazioni intimare di provvedere, entro trenta giorni, ai sensi dell’art. 31, comma 1, e dell’art. 117, comma 2, del codice del processo amministrativo, dalla comunicazione a cura della Segreteria, o, se antecedente, dalla notificazione a istanza della parte interessata della presente sentenza, nominando per l’ipotesi di ulteriore inerzia quale Commissario *ad acta* il Prefetto di Bari, con facoltà di delega.

Il T.A.R. ha invece respinto la domanda risarcitoria proposta con riferimento all’inutile sopportazione del canone di locazione pari ad € 1.500,00 mensili, dal 1° maggio 2020, data entro cui l’attività di verifica sanitaria doveva compiersi, sul rilievo che “non può darsi per certo l’an e il tempo del rilascio dell’autorizzazione, all’esito della verifica ispettiva sanitaria, che avrebbe potuto anche richiedere integrazioni documentali o modifiche o imporre prescrizioni”.

Mediante i motivi di appello, l’appellante ASL Bari deduce che, nonostante l’espresso riconoscimento in punto di diritto della responsabilità in ordine all’adozione del provvedimento conclusivo in capo al solo Comune di Modugno (laddove, al par. 5.4 della sentenza appellata, si afferma che “Nel ricorso odierno, consta che il S.U.A.P. del Comune di Modugno non abbia concluso il procedimento nel termine dei trenta giorni, ai sensi dell’art. 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241, rimanendo silente”), il giudice di primo grado ha contraddittoriamente affermato la responsabilità anche della ASL Bari, ponendo a suo esclusivo carico le spese per il Commissario *ad acta*.

Allega ancora l’Azienda appellante che, come dedotto nel corso del giudizio di primo grado, essa era carente di legittimazione passiva a fronte della domanda avente ad oggetto la violazione dell’obbligo di provvedere in ordine all’istanza di trasferimento, nessun obbligo di tal fatta potendo in capo ad essa ipotizzarsi: ciò in quanto, come riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale, la titolarità esclusiva del potere di disporre il trasferimento delle farmacie all’interno del territorio comunale fa capo al Comune, mentre la ASL svolge solo una funzione consultiva di natura tecnica ai sensi dell’art. 17 della legge n. 241/1990.

Lamenta quindi la parte appellante che il giudice levantino non si è espressamente pronunciato sulla suddetta eccezione di carenza di legittimazione passiva, ma l’ha implicitamente rigettata laddove, al precedente capo n. 5.3 della sentenza appellata ed in contraddizione con il già richiamato pag. 5.4, ha affermato che la violazione dell’obbligo di provvedere sarebbe configurabile in capo alle due amministrazioni coinvolte nel procedimento: ciò laddove ha statuito che “l’A.S.L. ha parimenti omesso di provvedere, rispondendo alle sollecitazioni della parte istante nel senso di non poter

procedere ad alcuna attività, stante l'imprecisione di taluni atti prodotti circa il numero civico esatto 4 o 5 della stessa via Ancona".

La parte appellante contesta altresì il passaggio motivazionale della sentenza appellata, col quale si afferma che "l'ufficio dell'A.S.L. rilascia un parere sanitario, come ultimo atto indispensabile rispetto all'emanazione dell'autorizzazione da parte dell'ente locale (art. 1 della legge 2 aprile 1968 n. 475 e art. 14 legge Regione Puglia 20 luglio 1984 n. 36)" e che "sebbene l'Autorità preposta all'emanazione dell'autorizzazione al trasferimento sia il Sindaco del Comune, in ragione della determinazione del 4 luglio del 2016 n.417, il titolare della farmacia che intenda trasferirsi è chiamato ad interfacciarsi direttamente con l'A.S.L., Area gestione farmaceutica, ai fini della convocazione per la visita ispettiva".

Essa deduce in senso contrario che la citata determinazione non prevede, come riferito nella sentenza impugnata, che "il titolare della farmacia che intenda trasferirsi è chiamato ad interfacciarsi direttamente con l'A.S.L., Area gestione farmaceutica, ai fini della convocazione per la visita ispettiva", ma erroneamente individua la ASL come organo competente al rilascio della necessaria autorizzazione, richiamando l'art. 1 della abrogata legge n. 475 del 1968, che effettivamente attribuiva all'autorità sanitaria la competenza a rilasciare la necessaria autorizzazione, la quale tuttavia, a seguito delle radicali modifiche introdotte con l'art. 11 del D.L. n. 1/2012 alla disciplina di cui alla legge 2 aprile 1968 n. 475, fa capo al Comune, unico organo competente a rilasciare la necessaria autorizzazione, mentre la ASL interviene solo alla fine del procedimento con parere di natura igienico sanitaria.

In realtà, sostiene la parte appellante, è il Comune, in quanto organo per legge competente a rilasciare la predetta autorizzazione, che, alla fine dell'istruttoria positiva in ordine alla richiesta di trasferimento, dovrebbe rivolgersi alla ASL al fine di ottenere, come ultimo atto, il necessario parere igienico sanitario, azionando in caso di colposa inerzia della ASL il potere sostitutivo previsto dall'art. 17 della legge 241 del 1990.

Quanto all'ulteriore presupposto dell'azione avverso il silenzio, correlato alla violazione dell'obbligo a provvedere da parte dell'Amministrazione, deduce l'Azienda appellante, da un punto di vista pratico, che l'istanza presentata direttamente alla ASL, ai sensi della citata determinazione, prima ancora che il Comune abbia terminato l'istruttoria relativa alla possibilità di autorizzare, sul piano giuridico, il richiesto trasferimento non garantisce che il sopralluogo e il relativo parere rappresenti "l'ultimo atto indispensabile rispetto all'emanazione dell'autorizzazione da parte dell'ente locale", costringendo la ASL ad effettuare un sopralluogo e a svolgere attività amministrativa che potrebbe risultare inutile nell'ipotesi in cui, all'esito della propria istruttoria, il Comune decida di rigettare la richiesta autorizzazione al trasferimento.

Ciò, deduce la parte appellante, è appunto quanto si è verificato nella specie, atteso che, contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice, la modifica del numero civico da 4 a 5 non è una mera "imperfezione" ma, potendo rappresentare uno sconfinamento nella "zona" appartenente alla farmacia controinteressata, comporta rilevanti ripercussioni di natura sostanziale in ordine al rilascio della richiesta autorizzazione, atteso che mentre il locale situato al numero civico 5 della via Ancona rientra pacificamente nella zona 11, di titolarità della farmacia istante, la collocazione dei locali alla parte opposta della via Ancona, ai numeri 2 e 4, rende incerto il rilascio della richiesta autorizzazione da parte del competente Ente locale, nell'ipotesi in cui questi dovesse aderire alla tesi della linea di mezz'ora (secondo cui, come affermato dalla relativa giurisprudenza, "le strade indicate dalla descrizione della sede farmaceutica debbono essere intese come linee di confine della sede stessa e, conseguentemente, quando due sedi sono delimitate dalla stessa via, il confine tra di esse è dato dalla linea mediana che le attraversa": Cons. Stato n. 7729 del 2.11.2010).

Tale circostanza, non correttamente individuata dal giudice di primo grado, comporterebbe secondo la parte appellante anche una diversa valutazione in ordine alla correzione a penna della perizia giurata allegata all'istanza: con la impugnata nota del 14 aprile 2020, sottolineando "l'incongruenza" tra la domanda di trasferimento presentata in data 1° marzo 2019 e pubblicata all'albo pretorio il 12 marzo 2019 e la domanda di sopralluogo inviata il 27 marzo 2020, la ASL Ba non ha pertanto inteso "eludere alcun obbligo di provvedere" né addotto "generiche difficoltà o pretestuose imperfezioni", ma ha tentato di sottolineare l'*empasse* procedurale in cui si si trovava, in mancanza di precise indicazioni da parte del Comune di Modugno in ordine alla sussistenza o meno dei presupposti giuridici per rilasciare la prescritta autorizzazione nel caso di specie.

Né si può ritenere, prosegue la parte appellante, che la nota prot. n. 14344 del 19 marzo 2019, pervenuta alla ASL il successivo 22 marzo 2019, quindi successivamente alla pubblicazione e alla presentazione della seconda istanza da parte della ricorrente, recasse la posizione del Comune in punto di rilascio dell'autorizzazione, essendo stata seguita da un articolato scambio di mail e pareri tra Comune, Regione e farmacia controinteressata, dal quale non era possibile evincere la posizione dell'ente locale sul punto, per cui, quando la ASL Bari ha ricevuto l'istanza in data 27 marzo 2020 per il sopralluogo, non era ancora chiaro se il Comune avesse esaurito l'istruttoria e se, in base alla normativa vigente, intendesse rilasciare la richiesta autorizzazione.

Si sono costituiti in giudizio, nell'ordine:

- la società IGEA s.n.c. di Bucci e Lastella, per resistere all'appello;
- il Comune di Modugno, per resistere all'appello e riproporre, ex art. 101, comma 2, c.p.a., l'eccezione di inammissibilità, nei suoi confronti, del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, per asserita carenza di legittimazione passiva;
- la società Farmacia Dott. Stanzone s.n.c. di Francesco e Pantaleo Stanzone, per associarsi alla domanda di riforma della sentenza appellata, proposta dalla ASL Bari.

Prima di ogni altra valutazione, deve esaminarsi l'istanza di rinvio presentata in data 13 ottobre 2021 dalla società controinteressata, da ultimo indicata, con la quale, premesso che il provvedimento di trasferimento adottato dal Commissario *ad acta* di nomina giudiziale in data 3 maggio 2021 ha costituito oggetto di reclamo da parte della stessa, che il T.A.R., con l'ordinanza

n. 1339 del 31 agosto 2021, ha respinto l'impugnazione e che la suddetta ordinanza è stata gravata dinanzi a questo giudice con ricorso iscritto al n. 8703/2021 del R.G., sottopone al Collegio l'opportunità di trattare congiuntamente, in ragione delle rispettive connessioni, il presente giudizio e quello scaturito dal predetto appello.

L'istanza di rinvio, ad avviso del Collegio, non è meritevole di accoglimento, attesa la diversità dell'oggetto delle due controversie (quella odierna avente ad oggetto il silenzio ascripto dal giudice di primo grado (anche) alla ASL appellante e quello di cui al R.G. n. 8703/2021 il provvedimento commissariale adottato in via sostitutiva), la quale induce ad escludere la necessità di trattarle congiuntamente.

Ciò premesso, deve in primo luogo rilevarsi, in punto di rito, che, nonostante il carattere meramente strumentale del giudizio sul silenzio (siccome subordinato all'assunzione di una definitiva determinazione sull'istanza del privato, con la conseguenza che, una volta che essa sia intervenuta, la relativa *res litigiosa* resta assorbita e superata dal sopravvenuto provvedimento espresso, adottato dall'Amministrazione o dal Commissario *ad acta* nominato *ope iudicis*), la successiva adozione nella fattispecie in esame, nell'assolvimento del mandato commissariale conferito al Prefetto di Bari con la sentenza appellata, del provvedimento autorizzatorio (prot. n. U – 64074 del 3 maggio 2021), non incide in senso privativo sull'interesse della parte appellante all'accoglimento dell'appello, già in considerazione della imputazione alla stessa, operata dalla sentenza appellata, delle spese inerenti all'intervento commissariale (imputazione confermata dal T.A.R. per la Puglia, in riscontro alla nota commissariale dell'8 settembre 2021, con il decreto collegiale di liquidazione n. 1473 del 12 ottobre 2021, depositato nel presente giudizio dalla parte appellante, sulla scorta – deve osservarsi – dell'assunto erroneo che la sentenza n. 37/2021, oggetto del presente giudizio di appello, sia “passata in giudicato”).

Può quindi senz'altro procedersi alla disamina dei motivi di appello, non senza aver prima precisato che la controversia, nei termini in cui è stata sottoposta alla decisione del giudice di secondo grado, attiene alla individuazione di profili di responsabilità omissiva, in ordine all'istanza di trasferimento della sede farmaceutica presentata dalla società Igea e relativa alla “Farmacia San Paolo”, in capo alla appellante ASL Bari, rilevanti per gli effetti di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a.: profili che sono stati ravvisati dal giudice di primo grado, *principaliter*, nei confronti della ASL Bari, la quale non avrebbe tempestivamente proceduto, in mancanza di valide ragioni ostative (non potendo ritenersi tali in particolare, ad avviso del T.A.R., l'opposta discrasia concernente il numero civico della via Ancona ove ubicare la nuova sede, emergente dalla documentazione prodotta dall'istante), all'effettuazione della visita ispettiva sui locali indicati nell'istanza di trasferimento ai sensi dell'art. 111 R.D. n. 1265/1934, ed in via secondaria nei confronti della suddetta Amministrazione comunale, che, a fronte dell'inerzia dell'autorità sanitaria, non avrebbe esercitato il potere di impulso previsto dalla disciplina in materia di S.U.A.P. di cui al d.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447, ed al d.P.R. 7 settembre 2010, n. 160.

Ebbene, lamenta in primo luogo l'Azienda appellante che la sentenza appellata, da un lato, accerta l'inerzia comunale (in particolare, del S.U.A.P.) in ordine alla definizione del procedimento autorizzatorio, dall'altro lato, ed in contrasto con la predetta statuizione, pone a carico della ASL le spese conseguenti all'intervento sostitutivo commissariale.

La deduzione non può essere accolta, in quanto la denunciata discrepanza è destinata a dissolversi ove si tenga conto del fatto che, per un verso, il giudice di primo grado ha imputato ad entrambe le Amministrazioni coinvolte la responsabilità in ordine alla mancata conclusione del procedimento de quo, per l'altro verso, tuttavia e come già accennato, ha riconosciuto nell'inerzia della ASL la causa primaria della stasi procedimentale censurata dalla parte ricorrente, ed in quella del Comune di Modugno la causa derivata, in ragione del fatto che la sequenza procedimentale tipizzata dal legislatore prevede che, all'esito della apposita visita ispettiva ed in propedeutica al rilascio dell'autorizzazione, “l'ufficio dell'A.S.L. rilascia un parere sanitario, come ultimo atto indispensabile rispetto all'emanazione dell'autorizzazione da parte dell'ente locale (art. 1 della legge 2 aprile 1968 n. 475 e art. 14 legge Regione Puglia 20 luglio 1984 n. 36)”.

Le successive deduzioni della parte appellante si prefiggono di dimostrare, sul piano processuale, la carenza in capo alla ASL Bari della legittimazione passiva a fronte dell'azione ex artt. 31 e 117 c.p.a. proposta dalla società Igea, costituente l'asserita conseguenza, sul piano sostanziale, della inconfigurabilità in capo alla stessa di un obbligo a provvedere processualmente sanzionabile.

Deduce la parte appellante, a sostegno della sua posizione difensiva, la titolarità esclusiva in capo al Comune del potere di disporre il trasferimento delle farmacie all'interno del territorio comunale, mentre la ASL BA svolgerebbe solo una funzione consultiva di natura tecnica ai sensi dell'art. 17 della legge n. 241/1990.

Il rilievo di parte appellante, pur fondato nei suoi presupposti normativi, non può assurgere a premessa logico-giuridica della dedotta insussistenza di un obbligo a provvedere, nella fattispecie in esame, in capo all'Azienda sanitaria.

Deve invero osservarsi che il T.A.R. non ha riferito la condotta omissiva imputabile alla ASL alla violazione da parte della stessa dell'obbligo di conclusione del procedimento autorizzatorio, la responsabilità del cui segmento conclusivo ha ribadito sussistere, in virtù della normativa richiamata, in capo al Comune (ed in particolare, all'interno delle sue articolazioni organizzative, al S.U.A.P.), ma alla violazione dell'obbligo di effettuazione della visita ispettiva ex art. 11 R.D. citato, in vista del rilascio del relativo parere igienico-sanitario, siccome propedeutico all'adozione del provvedimento autorizzatorio finale, di competenza comunale.

Deve infatti rilevarsi che, laddove l'inerzia della P.A. abbia una radice soggettivamente plurima, essendo diversi gli Enti le cui manifestazioni (provvedimentali in primis, ma anche consultive), secondo l'assetto delle competenze delineate dal legislatore, sono destinate a confluire nell'alveo procedimentale, ciascuna deve ritenersi concorrere con-causalmente, e per quanto di rispettiva competenza, alla mancata adozione del provvedimento conclusivo: con il corollario che l'inerzia, censurabile con lo strumento processuale di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., è configurabile anche in relazione ad un obbligo di carattere endo-procedimentale, laddove assuma rilievo decisivo ai fini della determinazione della illegittima situazione omissiva in relazione all'obbligo di conclusione del procedimento amministrativo.

Sempre in vista dell'obiettivo difensivo di dimostrare l'insussistenza, in capo alla ASL, di un obbligo a provvedere, deduce la parte appellante che il T.A.R. ha erroneamente attribuito al richiedente l'autorizzazione per il trasferimento della farmacia, sulla scorta della determinazione del Dirigente della Sezione Programmazione Assistenza Territoriale e Prevenzione della Regione Puglia n. 417 del 4 luglio 2016, il compito di "interfacciarsi direttamente con l'A.S.L., Area gestione farmaceutica, ai fini della convocazione per la visita ispettiva", laddove, da un lato, la citata determinazione, nell'individuare nella ASL l'organo competente al rilascio dell'autorizzazione, non terrebbe conto del fatto che, allo stato dell'attuale legislazione, la competenza al riguardo fa capo al Comune, intervenendo la ASL solo alla fine del procedimento con parere di natura igienico sanitaria, dall'altro lato, spetterebbe al Comune, in quanto organo per legge competente a rilasciare la predetta autorizzazione ed ai fini dell'istruttoria positiva in ordine alla richiesta di trasferimento, rivolgersi alla ASL onde ottenere, come ultimo atto, il necessario parere igienico sanitario, azionando in caso di colposa inerzia della ASL il potere sostitutivo previsto dall'art. 17 della legge 241/1990.

La deduzione di parte appellante, come appena sintetizzata, non può essere condivisa, ove intesa a subordinare l'obbligo della ASL di esercitare la sua competenza ispettivo-consultiva all'esito positivo dell'istruttoria di competenza comunale ed alla attivazione da parte del medesimo Comune, in vista del rilascio dell'atto autorizzatorio finale, del relativo sub-procedimento.

Deve preliminarmente osservarsi che la pertinente disciplina legislativa attribuisce univocamente al Comune il potere di rilasciare l'autorizzazione al trasferimento della farmacia: l'art. 14, comma 1, lett. f) della l.r. Puglia n. 36 del 20 luglio 1984 dispone in tal senso che "sono di competenza del Sindaco le funzioni amministrative in tema di (...) trasferimento delle farmacie nell'ambito della sede".

Ebbene, deve in primo luogo escludersi che, come sostiene la parte appellante, la determinazione dirigenziale regionale n. 417/2016 alteri l'assetto delle competenze, così come delineate in *subiecta materia* dalla citata disposizione.

Deve invero osservarsi che il citato atto dirigenziale, nell'indicare i "documenti da allegare all'istanza da inoltrare all'Area Gestione Farmaceutica della ASL di appartenenza per ottenere l'autorizzazione all'apertura/trasferimento della farmacia", non attiene alle modalità di esercizio della competenza autorizzatoria, ma a quelle di svolgimento del sub-procedimento consultivo di competenza (indiscussa) della ASL.

Ciò si desume, innanzitutto, dal contenuto dei documenti *de quibus*, tutti indistintamente attinenti ai requisiti di conformità igienico-sanitaria (oltre che inerenti al rispetto della normativa antincendio, di quella anti-infortunistica e di quella in tema di barriere architettoniche) dei locali destinati ad ospitare la farmacia oggetto di trasferimento: essi inducono quindi a delimitare l'ambito delle valutazioni di pertinenza della ASL entro una cornice più circoscritta, rispetto a quelle implicate dall'esercizio del potere autorizzatorio e demandate alla competenza del Comune, quale Ente preposto alla programmazione del servizio farmaceutico secondo modalità coerenti con le esigenze di accessibilità da parte degli utenti ed equa distribuzione sul territorio comunale che lo caratterizzano (in linea col principio giurisprudenziale secondo cui "la libertà di trasferimento del farmacista all'interno della zona di competenza non è incondizionata. Il trasferimento è soggetto infatti ad autorizzazione dell'autorità, la quale deve verificare, fra l'altro, che il locale indicato sia situato in modo da soddisfare le esigenze degli abitanti della zona": cfr. di recente, in tal senso e con richiami alla pregressa giurisprudenza di questa Sezione, Consiglio di Stato, Sez. II, n. 5391 del 7 settembre 2020). Né potrebbe trarre in inganno il riferimento, contenuto nella determinazione dirigenziale citata, alla finalizzazione dell'istanza da indirizzare alla ASL, corredata dei documenti suindicati, all'ottenimento dell'"autorizzazione all'apertura/trasferimento della farmacia", in quanto lo stesso deve essere interpretato coerentemente con il dettato legislativo che attribuisce al Sindaco del Comune la competenza autorizzatoria finale: con la conseguenza che l'istanza da inoltrare alla ASL, secondo la medesima determinazione, deve ritenersi, in via di interpretazione correttiva e adeguatrice, quella relativa all'esecuzione della visita ispettiva ed al rilascio del relativo parere igienico-sanitario, sebbene collegata al (ed inserita nel) procedimento di rilascio dell'autorizzazione al trasferimento (in ciò giustificandosi il richiamo alla finalità ultima dell'istanza de qua di "ottenere autorizzazione all'apertura/trasferimento della farmacia"). In ogni caso, non può non rilevarsi che il procedimento autorizzatorio chiama inevitabilmente in causa, come accennato, competenze diverse ed attribuite a distinte Amministrazioni (in particolare, quella di carattere programmatico, cui non può non raccordarsi quella intesa a valutare le istanze di trasferimento delle farmacie, di pertinenza del Comune, e quella di ordine igienico-sanitario, demandata alla ASL): ciò che giustifica, sul piano operativo, il coinvolgimento ab initio di tutte le Amministrazioni interessate, mediante l'invio alle stesse (come avvenuto nella specie) dell'istanza di trasferimento.

Ciò non toglie che, tuttavia, il generico ed iniziale coinvolgimento delle medesime Amministrazioni, ai fini dell'ordinata e sollecita gestione del procedimento in tal modo instaurato (oltreché in vista della precisa ripartizione delle relative competenze procedimentali, quale presupposto per l'individuazione, sul piano della patologia dell'azione amministrativa e dell'apprestamento dei relativi rimedi, delle eventuali responsabilità di carattere omissivo), debba

incanalarsi entro binari ben definiti, che attribuiscono a ciascun Ente, in ragione degli interessi pubblici che è deputato a tutelare, la competenza in ordine a ciascun segmento procedimentale: il che si traduce appunto, nella fattispecie in esame, nella attribuzione alla ASL del potere-dovere di verificare la conformità igienico-sanitaria dei locali presso i quali effettuare il trasferimento.

Né potrebbe sostenersi, come fa la parte appellante, che spetti al Comune, una volta conclusa in senso positivo l'istruttoria ad esso demandata, interpellare la ASL ai fini dell'esercizio della sua competenza consultiva.

In primo luogo, infatti, tale conclusione urta con quanto disposto con la citata determinazione, che appunto attribuisce all'istante il compito di rivolgere alla ASL la richiesta di effettuazione della visita ispettiva, corredata con la pertinente documentazione.

In secondo luogo, essa è disallineata rispetto ai criteri di riparto *ratione materiae* vigenti, come innanzi declinati, traducendosi – conseguenza non esposta dalla parte appellante, ma necessariamente connessa alla tesi da essa sostenuta – nella attribuzione al Comune, vero e proprio “capo-fila” del procedimento secondo la prospettazione della ASL, del compito di acquisire la documentazione funzionale al rilascio del parere igienico-sanitario, sebbene destinata all'esame da parte della ASL.

Infine, la tesi della parte appellante è distonica rispetto ai principi di celerità ed efficienza del procedimento, a loro volta funzionali al suo tempestivo svolgimento in vista del soddisfacimento dell'interesse del privato all'esame della sua istanza secondo predeterminate ed inderogabili scadenze temporali: essa infatti, sebbene ispirata alla dedotta ed apprezzabile esigenza di non eseguire la visita ispettiva se non quando il procedimento autorizzatorio sia approdato al suo esito finale, favorevole alla farmacia istante, mette a repentaglio la tempistica procedimentale, il cui rispetto esige che le Amministrazioni titolari di competenze da esercitare nell'ambito dell'unitario procedimento autorizzatorio si attivino contestualmente, a seguito dell'istanza del privato, al fine di garantire che, entro il termine di conclusione del procedimento, sia assicurato al privato, sussistendone i presupposti, il bene della vita perseguito.

Deve solo incidentalmente osservarsi – esulando il tema dall'ambito del giudizio, così come delimitato dai motivi di appello – che il contemperamento delle contrapposte esigenze, senza alterare l'assetto legislativo delle competenze in materia, relative, da un lato, alla celere conclusione del procedimento autorizzatorio, dall'altro lato, allo svolgimento dell'istruttoria demandata alla ASL solo una volta che il Comune abbia accertato la sussistenza dei presupposti per il rilascio dell'autorizzazione al trasferimento, potrebbe essere alternativamente conseguito collocando l'attività ispettiva della ASL nella sede extra-procedimentale, ovvero nella fase (temporale e procedimentale) intermedia tra il perfezionamento dell'assenso al trasferimento e la concreta apertura dell'esercizio farmaceutico nella nuova sede (cioè anche facendo leva sul fatto che l'art. 111 R.D. n. 1265/1934 subordina alla verifica igienico-sanitaria della ASL “l'apertura e l'esercizio di una farmacia”).

Devono adesso esaminarsi le censure con le quali la parte appellante si prefigge di dimostrare l'insussistenza, nei suoi confronti, del presupposto dell'azione avverso il silenzio relativo alla violazione dell'obbligo di provvedere (di cui, come si è detto, è stata accertata la sussistenza in capo alla stessa).

Deduce – in sintesi – la parte appellante che la diretta sollecitazione del potere ispettivo della ASL da parte del privato, prima ancora che il Comune abbia accertato la sussistenza dei presupposti per l'accoglimento dell'istanza di trasferimento della farmacia, le imporrebbe di porre in essere una attività amministrativa che potrebbe rivelarsi *inutiliter data* qualora l'Amministrazione comunale, all'esito della propria istruttoria, si determinasse nel senso di rigettare la richiesta autorizzazione al trasferimento: evenienza che, prosegue la parte appellante, si è appunto verificata nella specie, in quanto la modifica del numero civico da 4 a 5 (*recte*, in realtà, da 5 a 4) non è una mera “imperfezione” formale, come ritenuto dal T.A.R., essendo suscettibile di concretizzare uno sconfinamento nella “zona” appartenente alla farmacia controinteressata, atteso che, secondo un indirizzo interpretativo, laddove una strada funga da confine tra distinte sedi farmaceutiche, deve applicarsi il criterio della linea mediana, tale per cui afferiscono a ciascuna farmacia i civici ubicati lungo il lato stradale di rispettiva competenza: sì che, afferendo il civico n. 4 alla sede della farmacia del dott. Stanzione, l'istanza di trasferimento della Farmacia San Paolo, di pertinenza della società Igea, non potrebbe essere accolta, ciò che la ASL avrebbe inteso appunto rappresentare con la nota del 14 aprile 2020, laddove ha sottolineato “l'incongruenza” tra la domanda di trasferimento presentata in data 1° marzo 2019 e pubblicata all'albo pretorio il 12 marzo 2019 e la domanda di sopralluogo inviata il 27 marzo 2020, cui il T.A.R. avrebbe invece erroneamente attribuito carattere elusivo dell'obbligo di provvedere della ASL.

Il motivo non può essere accolto.

Richiamando considerazioni già innanzi espresse, deve infatti osservarsi che, una volta collocata la visita ispettiva da parte della ASL (ed il relativo parere igienico-sanitario) nella fase conclusiva (o, comunque, propedeutica) del procedimento autorizzatorio, quale *condicio sine qua non* del suo esito positivo, non può assumere valenza giustificativa della sua riconsiderazione (ovvero del differimento della sua effettuazione) l'eventuale incertezza in ordine all'esercizio da parte del Comune della sua competenza autorizzativa, quanto in particolare alla coerenza dell'istanza di trasferimento con i confini delle sedi farmaceutiche, o finanche l'opinione maturata al riguardo dalla ASL, scontrandosi tale tesi:

- con il tenore della determinazione n. 417/2016, tuttora vigente, la quale, legittimando l'istante alla presentazione diretta alla ASL della richiesta di sopralluogo, corredata della relativa documentazione, genera in capo al privato la pretesa all'ottenimento del parere igienico-sanitario, escludendo che questo possa degradare ad adempimento interno alla relazione procedimentale tra Comune ed ASL;

- con i già richiamati principi di efficienza e celerità procedimentale, i quali non consentono che una delle Amministrazioni coinvolte possa legittimamente persistere in un atteggiamento inerte, facendo leva sulla incertezza circa il modo col quale un'altra Amministrazione eserciterà la sua competenza;

- con il riparto delle competenze amministrative *in subiecta materia*, incompatibile con lo svolgimento da parte di una delle Amministrazioni interessate, in funzione giustificativa della propria inerzia, di valutazioni, anche di carattere meramente prognostico, circa profili estranei all'ambito della propria competenza (come quella inerente al rispetto dei confini delle sedi farmaceutiche, di competenza comunale).

Deve inoltre osservarsi che nella specie la ASL Bari non ha reso edotto il privato della sussistenza di eventuali impedimenti inerenti al rispetto dei confini tra le sedi farmaceutiche, ma, con la nota prot. n. 65447/2020 del 14 aprile 2020, censurata a ragion veduta dal T.A.R., si è limitata a richiamare la ritenuta incongruenza riscontrata tra la domanda di autorizzazione al trasferimento del 1° marzo 2019 e la richiesta di sopralluogo del 27 marzo 2020: incongruenza che il T.A.R., con motivazione non censurata dalla parte appellante (se non, appunto, sulla scorta di un mai eccepito "sconfinamento", che sarebbe derivato dall'insediamento della farmacia San Paolo della società Igea al civico n. 4 di via Ancona), ha ritenuto avere peso non decisivo ai fini della rituale presentazione (e valutabilità) dell'istanza di trasferimento.

Peraltro, non può sottacersi che, con la nota comunale prot. n. 14344 del 19 marzo 2019, si comunicava alla ASL che "l'immobile individuato dalla società IGEA snc in via Ancona n. 4 ricade nella perimetrazione della sede farmaceutica n. 11" (come peraltro accertato dal Commissario ad acta in sede di rilascio dell'autorizzazione conclusiva): con la conseguenza che non sussistevano oggettive ragioni per dubitare della sussistenza dei presupposti per l'esito favorevole alla società istante del procedimento autorizzatorio.

I rilievi che precedono non escludono che, secondo principi di leale cooperazione inter-istituzionale, le Amministrazioni coinvolte nel procedimento possano attuare utili strumenti di raccordo, al fine di conformare la propria azione a principi di economicità ed efficienza (tra i quali, ad esempio, l'attivazione di strumenti di comunicazione atti a consentire ad un'altra Amministrazione di rilevare ragioni ostative al buon esito dell'istanza, ove oggettivamente rilevabili): tuttavia, la mancata adozione (o il mancato corretto funzionamento) degli stessi non può andare a detrimento del privato, interessato alla celere conclusione del procedimento da esso attivato, determinando la sospensione *sine die* dello stesso. Nel senso indicato si è peraltro espressa la stessa Regione Puglia con la recentissima nota prot. n.

AOO_081/PROT/0005176 del 7 ottobre 2021, depositata in giudizio dalla ASL Bari, laddove, dopo aver individuato nel Comune l'Ente titolare del potere di disporre il trasferimento della farmacia ed evidenziato il carattere intermedio ed endo-procedimentale dell'attività ispettiva della ASL (in linea, deve precisarsi, con gli illustrati approdi interpretativi), ha posto l'accento sull'esigenza per le Amministrazioni suindicate di "raccordarsi, ognuna per quanto di propria competenza e responsabilità...".

Deve altresì aggiungersi che, alla luce delle successive evenienze procedurali, e quindi secondo una valutazione *ex post*, l'inerzia della ASL Bari non ha assunto effettiva rilevanza causale ai fini del perfezionamento della fattispecie omissiva relativa al procedimento autorizzatorio: come si evince infatti dal provvedimento commissariale del 3 maggio 2021, mentre la ASL Bari, con il verbale del 22 gennaio 2021, ha proceduto all'esecuzione degli adempimenti di sua competenza, il Comune di Modugno ha persistito nella sua posizione di inerzia (per ragioni presumibilmente, inerenti ad una non chiarita identificazione dell'organo comunale competente all'esercizio della potestà autorizzatoria *in subiecta materia*), tanto da imporre l'intervento sostitutivo del Commissario *ad acta* di nomina giudiziale.

Tuttavia, tale rilievo, in quanto inerente a circostanze di carattere postumo, non inficia la correttezza della sentenza appellata, laddove, sulla base dei dati disponibili, ha ravvisato l'origine prima della fattispecie omissiva nel mancato svolgimento da parte della ASL della visita ispettiva, ai fini del rilascio del parere di sua competenza, siccome oggettivamente concorrente, con l'inerzia comunale, al perfezionamento della fattispecie omissiva il cui superamento ha reso necessario l'intervento commissariale.

Infine, non può che essere dichiarata l'inammissibilità delle deduzioni comunali, oggetto di riproposizione *ex art.* 101, comma 2, c.p.a., intese sostanzialmente, ma in mancanza di un apposito appello incidentale, a conseguire la riforma della sentenza appellata, nella parte in cui ha imputato (anche) al Comune la condotta omissiva all'origine dell'azione *ex artt.* 31 e 117 c.p.a..

L'appello della ASL Bari, in conclusione, deve essere respinto.

Nondimeno, la sussistenza di oggettive ragioni di incertezza in ordine alle modalità di esercizio da parte della ASL dei poteri di sua competenza, indotta in particolare dalla citata determinazione dirigenziale n. 417/2016, giustifica la compensazione delle spese del giudizio di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del giudizio di appello compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO