

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 943 del 2011, proposto da:
FARMACIA BRAVI SNC, rappresentata e difesa dall'avv. Paola Brambilla,
con domicilio eletto presso l'avv. Vera Parisio in Brescia, via Diaz 9;

contro

ASL DELLA PROVINCIA DI BRESCIA, rappresentata e difesa dall'avv.
Silvana Grassi, con domicilio eletto presso il medesimo legale in
Brescia, via Duca degli Abruzzi 15;

nei confronti di

ASSOCIAZIONE TITOLARI DI FARMACIA - FEDERFARMA BRESCIA, non
costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione del direttore del Dipartimento Cure Primarie n. L/255 del 24 maggio 2011,
con la quale sono stati adottati per tutte le

farmacie e i dispensari del distretto i calendari con gli orari di apertura e i turni di
guardia per il periodo 1 giugno 2011 - 31 maggio 2012, nella parte in cui non riconosce alla
ricorrente l'orario di 54 ore settimanali;

- della nota del direttore generale prot. n. 0065111 del 9 maggio 2011, con la quale sono state
anticipate le motivazioni del diniego ed è stato illustrato il monte ore concesso (48) e la relativa
articolazione;

con domanda di risarcimento;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ASL di Brescia;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2012 il dott.

Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente Farmacia Bravi snc, con sede in Brescia via Cremona 173 (poi trasferitasi in via S. Zeno 95), ha chiesto una prima volta in data 28 aprile 2010 alla ASL di Brescia che le farmacie del distretto potessero praticare per il periodo giugno 2010 - maggio 2011 gli orari di apertura massimi previsti per le località climatiche e le località turistiche dall'art. 91 comma 3 della LR 30 dicembre 2009 n. 33 (54 ore settimanali ripartite su 6 giorni). Nello specifico la ricorrente chiedeva di poter passare da 48 a 54 ore settimanali effettuando l'apertura continuativa dalle 9.00 alle 19.00 dal lunedì al venerdì (senza la chiusura dalle 13.00 alle 15.00 nei giorni di martedì, mercoledì e giovedì), con chiusura il sabato pomeriggio e la domenica.

2. Il direttore sanitario, dapprima con nota del 29 aprile 2010 e poi con nota del 7 maggio 2010, si è però espresso negativamente affermando che non sussistevano le condizioni previste dalla normativa regionale per prolungare l'orario, mentre al contrario non vi erano ostacoli all'adozione

dell'orario continuato. Sulla base di tale impostazione il direttore del Dipartimento Cure Primarie con determinazione del 28 maggio 2010 ha adottato i calendari con gli orari di apertura e i turni di guardia per il periodo giugno 2010 - maggio 2011 senza concedere il prolungamento di orario richiesto dalla ricorrente. Contro questo provvedimento la ricorrente ha proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

3. L'anno successivo, in vista della formazione dei nuovi calendari, la ricorrente (nel frattempo trasferitasi nella nuova sede) ha presentato un'analoga richiesta di prolungamento dell'orario da 48 a 54 ore settimanali. Anche questa volta tuttavia la ASL ha opposto un rifiuto, anticipato con nota congiunta del direttore generale e del direttore sanitario di data 9 maggio 2011 e formalizzato definitivamente con determinazione del direttore del Dipartimento Cure Primarie n. L/255 del 24 maggio 2011. In quest'ultimo provvedimento, mediante il quale sono stati adottati i calendari con gli orari di apertura e i turni di guardia per tutte le farmacie e i dispensari del distretto per il periodo giugno 2011 - maggio 2012, è stato riconosciuto alla Farmacia Bravi snc un orario settimanale pari a 48 ore così articolato: apertura dalle 9.00 alle 13.00 e dalle 15.00 alle 19.00 nei giorni di martedì-mercoledì-giovedì, apertura dalle 9.00 alle 19.00 nei giorni di lunedì e venerdì, apertura dalle 9.00 alle 13.00 il sabato, chiusura il sabato pomeriggio e la domenica.

4. Contro il calendario del periodo giugno 2011 - maggio 2012 e i provvedimenti presupposti la ricorrente ha formulato impugnazione con atto notificato il 29 giugno 2011 e depositato il 5 luglio 2011. Le censure si possono così sintetizzare: (i) violazione dell'art. 91 comma 3 della LR 33/2009, in quanto il Comune di Brescia è inserito in uno degli ambiti a vocazione e potenzialità turistica di cui alla DGR n. 8/6532 del 30 gennaio 2008, e inoltre vanta una notevole presenza di visitatori in tutto l'arco dell'anno; (ii) irragionevole contrasto con le politiche comunali di conciliazione casa-lavoro, che presuppongono l'estensione degli orari di apertura degli esercizi pubblici, a beneficio dei cittadini ma anche degli stessi lavoratori (nel caso della farmacia in conseguenza dell'orario continuato i dipendenti potrebbero ottenere turnazioni lavorative meno rigide); (iii) difetto di istruttoria, in quanto l'introduzione dell'orario continuato non altera la pianificazione basata sulla pianta organica delle farmacie e non incide negativamente sui turni di guardia, aggiungendosi agli stessi come servizio supplementare. Oltre all'annullamento degli atti impugnati è stato chiesto il risarcimento del danno.

5. La ASL si è costituita in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso. Questo TAR con ordinanza cautelare n. 704 del 30 luglio 2011 ha sospeso i provvedimenti impugnati rendendo quindi possibile l'incremento di orario chiesto dalla ricorrente (che in effetti è stato applicato a partire dall'8 agosto 2011). Con memoria depositata il 23 dicembre 2011 la ricorrente ha quantificato il mancato incasso per le 6 ore settimanali non fruite dal 1 giugno 2010 al 7 agosto 2011 in complessivi 327.806 (corrispondenti a un incasso orario presunto pari a 905,54), riparametrando quindi su tale base la richiesta di risarcimento danni. In relazione alla domanda di risarcimento la ASL ha chiesto con memoria depositata il 4 ottobre 2011 di essere autorizzata a chiamare in giudizio Lloyd's of London MCS srl sulla base del rapporto di assicurazione esistente con tale società, ma ha poi rinunciato alla chiamata di terzo con memoria depositata il 26 gennaio 2012.

6. Sulle questioni proposte nel ricorso si possono svolgere le seguenti considerazioni:

(a) la farmacia ricorrente chiede in sostanza che sia accertato il proprio diritto a estendere l'orario di servizio da 48 a 54 ore settimanali suddivise su 6 giorni. Per conseguire questo risultato richiama la normativa regionale (art. 91 comma 3 della LR 33/2009) che ammette un'estensione dell'orario di questa entità "in funzione di necessità stagionali in località climatiche o di maggiore presenza di persone a scopo turistico, nelle zone di villeggiatura come definite dalla legge regionale 16 luglio 2007, n. 15 (Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo) e dalla Delib.G.R. 30 gennaio 2008, n. 8/6532 (Individuazione degli ambiti a vocazione e potenzialità turistica [...])";

(b) la ASL replica che non vi sarebbero le condizioni per applicare l'orario massimo (appunto di 54 ore su 6 giorni), mancando sia la stagionalità sia la primaria vocazione turistica del luogo in cui si trova la sede farmaceutica. A supporto sono richiamati i pareri negativi di Federfarma Brescia di data 8 e 27 aprile 2010, nei quali si evidenzia che (1) non vengono in rilievo esigenze stagionali, (2)

la farmacia ricorrente non si trova nel centro storico e quindi non intercetta utenza turistica, (3) l'incremento dell'orario determinerebbe l'alterazione dell'equilibrio del sistema attuale, che ha dimostrato di funzionare bene;

(c) nell'impostazione tradizionale la possibilità di fissare per legge o per atto amministrativo limiti agli orari di apertura delle farmacie è giustificata con l'argomento che tali esercizi svolgono una funzione pubblicistica a tutela della salute e non possono essere considerati unicamente come strutture commerciali (v. TAR Lazio Roma Sez. III 7 febbraio 2008 n. 1088);

(d) la giurisprudenza comunitaria (v. C.Giust. Sez. I 1 luglio 2010 C-393/08, Sbarigia, punti 25-28 e 32-34) non ha finora ravvisato nell'imposizione di limiti orari e di periodi di chiusura delle farmacie la lesione del diritto di stabilimento ex art. 43 CE (art. 49 TFUE), né la compressione del principio di libera prestazione dei servizi ex art. 49 CE (art. 56 TFUE), e neppure ostacoli al commercio tra gli Stati membri ex art. 81-82-86 CE (art. 101-102-106 TFUE);

(e) la giurisprudenza costituzionale (v. C.Cost. 4 febbraio 2003 n. 27) a sua volta ha ritenuto che legittimamente il legislatore regionale possa prevedere limiti all'orario delle farmacie, trattandosi di un potere correlato a quello di stabilire una pianta organica per contingentare il numero delle sedi e garantire a ciascuna un adeguato bacino di utenza. In questa prospettiva il sacrificio imposto alla libera iniziativa economica sarebbe compensato dal fatto che la redditività garantita a ciascuna farmacia, compresi gli esercizi minori, favorirebbe la capillarità della rete, ossia la distribuzione omogenea della vendita dei farmaci sul territorio nazionale (interesse pubblico meritevole di tutela);

(f) questo modo di osservare il fenomeno delle farmacie deve tuttavia essere superato per tenere conto delle modifiche intervenute nel quadro normativo e nella realtà economica. Da alcuni anni l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) evidenzia che nella regolamentazione dell'attività delle farmacie occorre introdurre un maggiore livello di concorrenza (compresa la possibilità di differenziare le strategie commerciali, a partire dagli orari di apertura). La finalità del nuovo approccio è di favorire in primo luogo i consumatori, sotto forma di competizione sui prezzi e sulla varietà dei servizi accessori, ma anche di rafforzare la struttura imprenditoriale delle farmacie: queste ultime infatti in seguito all'ingresso sul mercato delle parafarmacie di cui all'art. 5 del DL 4 luglio 2006 n. 223 devono potersi difendere ad armi pari disponendo di maggiore flessibilità nel posizionamento della propria offerta per intercettare ogni segmento di clientela potenziale. In sintesi l'AGCM afferma, condivisibilmente, che la tutela della salute dei cittadini non è incompatibile con più elevati livelli di concorrenza nella vendita al dettaglio dei farmaci, il che per l'aspetto che qui interessa dovrebbe condurre a considerare gli orari di apertura non come un limite invalicabile ma piuttosto come il servizio minimo da garantire ai cittadini (v. le segnalazioni 1 febbraio 2007 AS381; 11 novembre 2009 AS637; 25 febbraio 2000 AS194; 23 marzo 2011 AS818; 1 settembre 2011 AS871);

(g) gli auspici dell'AGCM sulla piena liberalizzazione degli orari e dello svolgimento del servizio in ogni settore commerciale (v. anche la segnalazione 5 gennaio 2012 AS901) hanno trovato concretizzazione in alcuni recenti interventi legislativi (v. art. 3 commi 7 e 8 del DL 13 agosto 2011 n. 138; art. 3 comma 1 lett. d-bis del DL 223/2006, come modificato dall'art. 31 del DL 6 dicembre 2011 n. 201; art. 1 commi 1 e 2 del DL 24 gennaio 2012 n. 1). Sono ora ammissibili soltanto limitazioni proporzionate a specifiche finalità pubbliche, il che evidentemente non consente di ritenere esclusa dal nuovo regime l'intera attività di vendita al dettaglio dei farmaci per il solo fatto che sussiste un collegamento con la tutela della salute (le deroghe alla liberalizzazione devono essere direttamente funzionali a garantire ciascuna un aspetto dell'interesse pubblico);

(h) peraltro le norme appena citate sono successive agli atti impugnati nel presente ricorso e quindi potranno riverberarsi in tutta la loro forza innovativa unicamente sui futuri calendari delle farmacie. Nel presente giudizio si ritiene applicabile, oltre al contributo offerto dall'AGCM nelle proprie segnalazioni, il principio posto dall'art. 3 comma 7 del DL 138/2011, secondo cui le disposizioni relative all'introduzione di limiti all'accesso e all'esercizio delle attività economiche devono essere oggetto di interpretazione restrittiva. Questo principio, coerente con la disciplina comunitaria sulla

concorrenza, costituisce un canone interpretativo di applicazione generale, e dunque è utilizzabile anche se codificato dopo i fatti di causa;

(i) su queste premesse le norme regionali devono essere interpretate nel senso più favorevole all'incremento e alla flessibilità degli orari di apertura delle farmacie ;

(j) nello specifico l'art. 91 comma 3 della LR 33/2009 contempla due ipotesi di estensione degli orari, una limitata nel tempo (le necessità stagionali) e una potenzialmente illimitata (l'affluenza di persone nelle zone a rilevanza turistica);

(k) il Comune di Brescia presenta certamente un'affluenza molto significativa e omogenea di visitatori (il punto è pacifico) e dunque può essere assimilato a una realtà turistica non stagionale. Formalmente sussiste anche il requisito dell'inserimento negli ambiti a vocazione e potenzialità turistica (v. DGR 30 gennaio 2008 n. 8/6532). In proposito non sembra corretto (oltretutto in mancanza di parametri normativi) suddividere il territorio comunale in zone a maggiore o minore appetibilità per i turisti. In realtà i soggetti che frequentano una città di grandi dimensioni come Brescia non hanno motivazioni soltanto turistiche ma anche culturali, professionali ed economiche. Dunque occorre tenere in considerazione l'impatto complessivo che la forte presenza di visitatori può determinare sulla domanda di prodotti e servizi farmaceutici, senza presumere che tale domanda si concentri necessariamente nel centro storico, meta dei turisti propriamente detti;

(l) parimenti non sembra corretto trasformare il dato medio giornaliero dei visitatori in abitanti aggiuntivi per sostenere che tutti assieme non raggiungerebbero il numero minimo che permette l'inserimento in pianta organica di una nuova farmacia. I soggetti non residenti hanno orari e obiettivi particolari, non sempre assimilabili a quelli del resto della popolazione. Si possono quindi fare valutazioni separate per la pianta organica e per gli orari di apertura delle farmacie . L'orario continuato soddisfa particolarmente bene le esigenze di quanti, essendo di passaggio, non hanno punti di riferimento stabili nel tessuto cittadino;

(m) è poi evidente, sia con riguardo ai visitatori sia in relazione ai residenti, che la presenza capillare di farmacie sul territorio comunale non è di alcuna utilità se in una determinata fascia oraria nessuna di queste offre, in una certa zona, i propri servizi al pubblico. Sotto questo profilo le valutazioni sugli orari di apertura delle farmacie devono necessariamente raccordarsi con le politiche dell'amministrazione dirette a promuovere la qualità della vita cittadina attraverso il prolungamento degli orari degli uffici pubblici, degli esercizi e delle attività commerciali;

(n) in definitiva sussistono i presupposti per riconoscere alla ricorrente il prolungamento dell'orario settimanale attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 91 comma 3 della LR 33/2009.

7. La ricorrente ha anche chiesto il risarcimento per il danno economico subito a causa della chiusura dell'esercizio nella fascia oraria 13.00-15.00 nei giorni di martedì-mercoledì-giovedì dal 1 giugno 2010 al 7 agosto 2011. La domanda non può essere accolta. Per una parte del suddetto periodo, ossia fino al 31 maggio 2011, la mancata attività è collegata al calendario 2010, impugnato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Inoltre a partire dal 31 luglio 2011 l'apertura nelle 6 ore in questione è stata resa possibile dall'ordinanza cautelare di questo TAR n. 704/2011. In ogni caso la decisione espressa dalla ASL con gli atti impugnati deve essere valutata nel contesto normativo dell'epoca, che prima delle modifiche legislative intervenute nel corso del 2011 e del 2012 e in assenza di pronunce giurisprudenziali in linea con le tesi dell'AGCM non si presentava di facile interpretazione. Manca quindi l'elemento soggettivo dell'obbligazione risarcitoria.

8. In conclusione il ricorso deve essere accolto per il profilo impugnatorio, con il conseguente annullamento del calendario degli orari relativo al periodo giugno 2011 - maggio 2012 (e degli atti presupposti) nella parte in cui non è riconosciuto alla ricorrente il prolungamento dell'orario settimanale da 48 a 54 ore. Viene invece respinta la domanda di risarcimento. Tenuto conto della complessità di alcune questioni, le spese di giudizio possono essere compensate. Il contributo unificato è a carico della ASL ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis. 1 del DPR 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando:

(a) accoglie il ricorso come precisato in motivazione, accertando che la ricorrente ha titolo al prolungamento dell'orario settimanale da 48 a 54 ore e annullando i provvedimenti che dispongono diversamente;

(b) respinge la domanda di risarcimento;

(c) condanna la ASL a rimborsare alla ricorrente il contributo unificato ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis. 1 del DPR 30 maggio 2002 n. 115;

(d) compensa per il resto le spese di giudizio.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

IL 08/05/2012.