

RESPONSABILITA': Giustizia amministrativa - Risarcimento del danno - Rilascio dell'autorizzazione per l'apertura di una farmacia comunale - Domanda - Ritardo dipeso dalla esistenza di un contrasto giurisprudenziale - Programmazione pianta organica farmacie - Non può essere accolta.

Tar Campania - Napoli, Sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6208

“[...] nel caso di specie osserva il Collegio che non ricorrono i presupposti per accogliere la domanda risarcitoria.

Infatti, la società ricorrente, prima del rilascio da parte della Regione Campania dell'autorizzazione al Comune [...] all'apertura della sede farmaceutica, non poteva ritenersi già titolare di alcun bene della vita, il cui godimento in tesi sarebbe stato impedito dall'inerzia o da ritardato intervento dell'Amministrazione, essendo evidentemente l'affidamento della gestione della detta sede farmaceutica, che solo concreta la situazione utile a far valere un pregiudizio risarcibile, un atto conseguente e successivo al titolo abilitante all'apertura. Ne discende, pertanto, che, nel lasso di tempo intercorrente tra la presentazione da parte del Comune della domanda di autorizzazione all'apertura della sede farmaceutica e il rilascio del predetto titolo, la società ricorrente, quale socio privato della società mista pubblico-privata costituita per la gestione delle farmacie comunali, non può dirsi titolare di una situazione giuridica soggettiva, ma di una possibilità in relazione alla quale il danno prospettato è solo ipotetico e, come tale, non meritevole di reintegrazione poiché non distinguibile dalla lesione di un'aspettativa di fatto [...]. Osserva, inoltre, il Collegio che nel caso di specie non sussiste neanche l'elemento soggettivo, inteso nel senso che l'attività illegittima deve essere imputabile all'amministrazione a titolo di dolo o colpa, come testualmente confermato dall'art. 2 bis della legge n. 241/1990, ai sensi del quale il danno deve conseguire alla “inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente ha esposto che: a) con delibera n. 15/2006 il Comune di Cesa ha esercitato il diritto di prelazione per la gestione della seconda sede farmaceutica di nuova istituzione; b) che il suddetto Comune ha aderito al Consorzio intercomunale per i servizi socio-sanitari - CISS che ha scelto la ricorrente, quale socio privato per costituire la società mista pubblico-privata per la gestione delle farmacie comunali; c) che il Comune di Cesa ha, quindi, presentato la domanda di autorizzazione all'apertura della farmacia comunale, acquisita al protocollo della Regione resistente in data 10.4.2013; d) che la Regione resistente, solo a seguito della diffida inoltrata in data 8.8.2013,

ha adottato il decreto dirigenziale n. 61 del 29.8.2013 con il quale è stata attribuita al Comune di Cesa la titolarità della farmacia urbana - seconda sede; e) che il suddetto decreto ha acquisito efficacia a decorrere dal giorno successivo al 23.9.2013, data in cui si è conclusa l'attività ispettiva.

1.2. Sulla scorta delle predette circostanze la società ricorrente ha, quindi, adito il Tribunale per ottenere il risarcimento dei danni che avrebbe subito a causa del mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento, fissato in 30 giorni decorrenti dalla data di deposito dell'istanza di autorizzazione, e del conseguente ritardo di oltre quattro mesi nell'apertura della sede farmaceutica in questione. A fondamento della propria domanda la società ricorrente ha dedotto l'illegittimità dell'azione amministrativa per violazione dell'art. 2 *bis* della legge n. 241/1990 in considerazione dell'assenza di giustificazioni per il ritardo nel rilascio del decreto dirigenziale n. 61/2013, attesa la completezza dell'istruttoria e della documentazione prodotta, quantificando il danno emergente in complessivi € 28.084,00, corrispondente ai mancati utili percepiti, come da relazione del perito di parte, e chiedendo la liquidazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., del lucro cessante consistente nel pregiudizio asseritamente subito sotto il profilo della concorrenza e dell'avviamento a causa del ritardo.

2. La Regione Campania si è costituita in giudizio ed ha concluso per la reiezione della domanda risarcitoria in quanto la causa del mancato rispetto dei termini procedurali per il rilascio del decreto di autorizzazione all'apertura della farmacia comunale non sarebbe ascrivibile ad un comportamento inerte e colpevole dell'amministrazione, bensì alle incertezze insorte in merito alla competenza all'adozione del piano di programmazione da parte dell'organo politico ovvero dell'organo dirigenziale, ingenerate da un contrasto giurisprudenziale, successivamente composto.

2.1. L'amministrazione regionale ha, inoltre, evidenziato che il mancato rilascio del provvedimento nel termine ordinatorio non è di per sé solo idoneo a giustificare la richiesta di risarcimento del danno e che la società ricorrente non avrebbe provato la sussistenza degli elementi posti a fondamento della richiesta risarcitoria, né sotto il profilo dell'*an*, né sotto quello del *quantum*.

3. Con decreto presidenziale n. 136 del 27.1.2021 è stato chiesto alla ricorrente di depositare "gli atti relativi al conferimento della gestione ad essa ricorrente della farmacia per cui è causa, con particolare riguardo al contratto di servizio della gestione, nonché lo Statuto del Consorzio intercomunale per i Servizi Socio-Sanitari (C.I.S.S.), finora solo richiamati negli atti di causa ma non presenti nel fascicolo di causa".

4. All'udienza del 28.9.2021, preso atto dell'avvenuto deposito della documentazione richiesta con il citato decreto presidenziale, delle memorie depositate da entrambe le parti ai sensi dell'art. 73

c.p.a., della richiesta di passaggio in decisione della Regione Campania e udito in collegamento da remoto il difensore della ricorrente, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. La domanda risarcitoria non è fondata e va respinta per le seguenti ragioni.

6. La società ricorrente assume di aver subito un danno a causa del ritardo nel rilascio da parte dell'amministrazione regionale del decreto dirigenziale di autorizzazione all'apertura della farmacia comunale al Comune di Cesa che ne aveva fatto domanda e che l'avrebbe poi gestita mediante una società mista pubblico-privata.

6.1 Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza "per danno ingiusto risarcibile ai sensi dell'art. 2043 Cod. civ. si intende non qualsiasi perdita economica, ma solo la perdita economica ingiusta, ovvero verificatasi con modalità contrarie al diritto; ne consegue quindi la necessità, per chiunque pretenda un risarcimento, di dimostrare la c.d. spettanza del bene della vita, ovvero la necessità di allegare e provare di essere titolare, in base ad una norma giuridica, del bene della vita che ha perduto od al quale anela, e di cui attraverso la domanda giudiziale vorrebbe ottenere l'equivalente economico" (cfr. Consiglio di Stato, V, 21.4.2020, n. 2534; Consiglio di Stato, VI, 10.7.2017, n. 3392).

Ciò posto nel caso di specie osserva il Collegio che non ricorrono i presupposti per accogliere la domanda risarcitoria.

6.2. Infatti, la società ricorrente, prima del rilascio da parte della Regione Campania dell'autorizzazione al Comune di Cesa all'apertura della sede farmaceutica, non poteva ritenersi già titolare di alcun bene della vita, il cui godimento in tesi sarebbe stato impedito dall'inerzia o da ritardato intervento dell'Amministrazione, essendo evidentemente l'affidamento della gestione della detta sede farmaceutica, che solo concreta la situazione utile a far valere un pregiudizio risarcibile, un atto conseguente e successivo al titolo abilitante all'apertura. Ne discende, pertanto, che, nel lasso di tempo intercorrente tra la presentazione da parte del Comune della domanda di autorizzazione all'apertura della sede farmaceutica e il rilascio del predetto titolo, la società ricorrente, quale socio privato della società mista pubblico-privata costituita per la gestione delle farmacie comunali, non può dirsi titolare di una situazione giuridica soggettiva, ma di una possibilità in relazione alla quale il danno prospettato è solo ipotetico e, come tale, non meritevole di reintegrazione poiché non distinguibile dalla lesione di un'aspettativa di fatto (cfr. Consiglio di Stato, V, 15.11.2019, n. 7845). 6.3. Osserva, inoltre, il Collegio che nel caso di specie non sussiste neanche l'elemento soggettivo, inteso nel senso che l'attività illegittima deve essere imputabile all'amministrazione a titolo di dolo o colpa, come testualmente confermato dall'art. 2 bis della

legge n. 241/1990, ai sensi del quale il danno deve conseguire alla “inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento”.

Dalla documentazione depositata e, in particolare, dalla nota prot. n. 173736 del 31.3.2021 della Regione Campania si evince che il ritardo nel rilascio dell'autorizzazione è dipeso dall'esistenza di un contrasto giurisprudenziale su chi, tra l'organo politico e l'organo dirigenziale, fosse competente a revisionare la programmazione della pianta organica delle farmacie, esistendo sentenze di questo Tribunale di diverso avviso. A fronte del detto contrasto l'amministrazione prima di procedere al rilascio del titolo autorizzatorio ha ritenuto di porre un quesito al Servizio farmaceutico e di richiedere un parere all'Avvocatura che entrambi hanno concordato sulla natura vincolata dell'atto di revisione della pianta organica delle sedi farmaceutiche, connotato da discrezionalità tecnico – amministrativa, e come tale di competenza del dirigente del settore.

Alla luce delle suesposte considerazioni la società ricorrente non ha, pertanto, neanche assolto all'onere probatorio di dimostrare la ricorrenza di tutti gli elementi tipici della fattispecie della responsabilità aquiliana alla quale, secondo l'indirizzo dominante, va ricondotta la responsabilità civile dell'amministrazione in tema di danni cagionati dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (cfr. Adunanza Plenaria, 23.4.2021, n. 7).

7. Per tutte le suesposte ragioni il ricorso deve essere respinto.

8. Sussistono giusti motivi, in considerazione della peculiarità della fattispecie esaminata, per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Marina Perrelli, Presidente FF, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario

Giovanni Giardino, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Marina Perrelli

IL SEGRETARIO