

Avv. Romina Raponi
Via Vittoria Colonna 32 - 00193 Roma (RM)
tel. 06 62277649 - fax 0668892383
Mail: romina.raponi@rrlegal.it
PEC: romina.raponi@avvocato.pg.it

Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania-Napoli

Sez. III - Rg. 1402/2023 – c.c. 5.12.23

Ricorso per terzi motivi aggiunti

Nell'interesse della dottoressa **Armenante Maria Rosaria**, nata a Cava dei Tirreni (SA) il 07/08/1972 e residente in Cava dei Tirreni (SA), Via Giovanni Bassi n. 23, C.F. RMNMRS72M47C361V, in proprio e nella qualità di referente dell'associazione costituita con le dottoresse Ragosa Giuseppina e Jolanda De Vendel, nonché della d.ssa **Ragosa Giuseppina**, nata a Pagani (SA) il 2.8.1959 ed ivi residente in Via San Rocco 8, C.F. RGSGBP59M42G230K, rappresentate e difese in virtù di procura in calce al ricorso principale e depositata nel fascicolo telematico, dall'avv. Romina Raponi del Foro di Roma (CF: RPNRMN71P44L719T) ed elett.te dom.te all'indirizzo digitale PEC romina.raponi@avvocato.pe.it ove chiedericeversio ogni eventuale notifica e/o comunicazione ai sensi dell'art.136 c.p.c. (fax al n. 06.88921276);

contro

REGIONE CAMPANIA, in persona del Presidente, nonché REGIONE CAMPANIA-Direzione Generale per la Tutela della Salute e il Coordinamento del Sistema Sanitario Regionale, U.O.D, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv.Rosaria Saturno, pec rosariasaturno@pec.regione.campania.it ;

e nei confronti

Gallotta Dario (interpello posizioni da 1 a 17), Fabbo Rita, Paoletti Anna Maria, Di Stasio Anna (interpello da 18 a seguire) + ALTRI

Nell'ambito del ricorso n.r.g. 1402/2023

Con cui è stato richiesto con il ricorso principale l'annullamento

- 1) del Decreto Dirigenziale n. 92 del 03/03/2023 emesso dalla Regione Campania, che esclude l'odierna ricorrente dalla graduatoria e da avvio alla procedura di interpello (all.1);
- 2) dell'avviso pubblicato sul sito istituzionale della Regione in data 7.3.23, con cui si comunica che la procedura di interpello avrà inizio in data 9.3.23 (invio di invito ai vincitori tramite PEC) a cui dovrà seguire l'indicazione da parte degli interpellati delle sedi prescelte, entro 5 giorni (e quindi entro il 14.3.23);
- 3) di tutte le note inviate via PEC agli interpellati medio tempore trasmesse, unitamente alla modulistica allegata tra cui il modello prestampato per l'indicazione della scelta delle sedi;
- 4) di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale ancorché

non conosciuto dalla ricorrente, ove lesivo, con riserva di presentare motivi aggiunti, tra cui il Bando di concorso n. 29 del 23 maggio 2013, approvato con Decreto Dirigenziale AGC Assistenza Sanitaria Settore Farmaceutico.

Con primi motivi aggiunti del 6.7.23, l'annullamento

- 5) Del **Decreto Dirigenziale n. 354 del 21/06/2023**, pubblicato sul B.U.R.C. n. 48 del 26/03/2023, avente a oggetto "concorso straordinario per l'assegnazione di sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio della regione Campania bandito con decreto dirigenziale agc assistenza sanitaria settore farmaceutico n. 29 del 23.05.2013 - esecuzione della sentenza resa dal tar Campania - Napoli n. 01341/2023 - aggiornamento sedi e riapertura termini primo interpello, nella parte in cui ha confermato quanto disposto con il D.D. n. 92 del 3/3/2023 ed ha riaperto i termini del primo interpello;
- 6) Del **Decreto Dirigenziale n. 360 del 23.6.23** dai contenuti identici al decreto dirigenziale n.354/23 su citato ma contenente una rettifica di errore materiale delle descrizioni delle sedi di 21 e 22 di Caserta.
- 7) Di tutte le comunicazioni trasmesse a mezzo pec ai destinatari dell'interpello con i relativi allegati tra cui il modello per indicare le sedi, e di tutti i provvedimenti di assegnazione delle sedi medio tempore emessi dalla Regione Campania per effetto diretto dei decreti dirigenziali (tutti) su riportati. Nonché di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale ancorché conosciuto dalla ricorrente con riserva di presentare motivi aggiunti e memorie.

Con i II secondi motivi aggiunti, l'annullamento

- 8) Dell'**Avviso della Regione Campania, pubblicato il 31.10.23** sul sito istituzionale della Regione, con cui si rende noto ai candidati del Concorso Straordinario per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio della Regione Campania, bandito con Decreto Dirigenziale AGC Assistenza Sanitaria Settore Farmaceutico n. 29 del 23.05.2013, che in esecuzione delle sentenze della magistratura amministrativa (cfr. sentenza del Consiglio di Stato n. 6016/2023 e sentenza del Tar Campania - Napoli n. 05388/2023), si darà prosecuzione al **I interpello** che avrà inizio in data **19 novembre 2023** e si concluderà in data 24 novembre 2023 e in data 17 novembre sarà inviato alla casella pec del titolare della candidatura singola, o del referente della candidatura in forma associata, un avviso con le indicazioni relative alla scelta delle sedi. Nonché ove occorra della nota ricevuta dalla regione in data 6.11.23 con cui la Regione precisa che l'interpello riguarderà le posizioni successive alla 17 .

Con i presenti III motivi aggiunti, l'annullamento

- 9) Dell'**avviso pubblicato sul sito istituzionale della Regione Campania in data 10.11.2023** con cui si rende noto ai candidati del Concorso Straordinario che con decreto dirigenziale n. 748 del 10/11/2023 è stata approvata la graduatoria rettificata ed è stato aggiornato l'elenco delle sedi farmaceutiche disponibili per il predetto concorso. Nonché del **decreto dirigenziale 748/23 (doc. 1 e 2)**. Nonché,

Avv. Romina Raponi

Via Vittoria Colonna 32 - 00193 Roma (RM)

tel. 06 62277649 - fax 0668892383

Mail: romina.raponi@rrlegal.it

PEC: romina.raponi@avvocato.pg.it

ove occorrer possa, della **relazione della Regione Campania** DG 04 Direzione Generale per la tutela della salute e il coordinamento del sistema sanitario regionale **prot. 2023.0547993 del 14.11.23** depositata dalla regione nel fascicolo telematico del presente giudizio (**doc.3**)

FATTO e SVOLGIMENTO PROCESSUALE

I fatti, per ragioni di sinteticità, sono quelli di cui al ricorso principale che qui devono intendersi integralmente trascritti e richiamati.

In conseguenza della proposizione dei primi motivi aggiunti, all'esito della Camera di consiglio fissata al 5.9.23, il Collegio ha ritenuto sussistere i presupposti per la fissazione a breve dell'udienza di merito (fissata al **27.2.2024**) ed ha disposto l'integrazione del contraddittorio.

All'integrazione del contraddittorio le ricorrenti hanno immediatamente provveduto. La relativa documentazione è stata depositata nel fascicolo telematico in data 25.9.23.

Con l'avviso pubblicato il 31.10.23 (impugnato con i secondi motivi aggiunti), la Regione dà atto di aver deciso di proseguire con il procedimento di assegnazione delle sedi, preavvertendo che l'interpello avrà inizio **il 19 novembre**. Tale avviso non è stato preceduto dalla pubblicazione della graduatoria aggiornata né dell'elenco delle sedi assegnate.

In conseguenza dei secondi motivi (con richiesta di sospensione cautelare, anche inaudita altera parte), il Presidente della Sez. III con decreto n. 2062 dell'11.11.23 ha richiesto alla Regione di depositare una dettagliata *relazione sui fatti posti a base dei secondi motivi aggiunti, precisando quante posizioni riguardi l'interpello, e quali cautele siano eventualmente disposte per le situazioni ancora sub iudice, come quella della ricorrente*.

La ricorrente ha provveduto all'immediato deposito dei documenti impugnati con secondi motivi aggiunti.

La Regione Campania ha depositato il 14.11.23 la propria relazione, con la quale ribadisce la legittimità del proprio operato; la volontà di proseguire l'interpello in mancanza di sospensiva; di non aver adottato cautele per le posizioni sub iudice e che anzi l'assegnazione delle sedi viene ritenuta prevalente; che non rileva la circostanza che le quote cedute dalla dottoressa Ragosa attenessero a farmacia rurale, perchè comunque di cessione di quote si tratta e quindi ciò è determinante ai fini del ricorrere

Avv. Romina Raponi

Via Vittoria Colonna 32 - 00193 Roma (RM)

tel. 06 62277649 - fax 0668892383

Mail: romina.raponi@rrlegal.it

PEC: romina.raponi@avvocato.pg.it

dei presupposti di esclusione di cui all'art. 12 l. 475/66 in base a quanto hanno stabilito le sentenze del TAR NA e del Consiglio di Stato.

A seguito del deposito di tale relazione le ricorrenti depositavano breve memoria di replica, insistendo nella richiesta di misura cautelare.

Il presidente della Sez. III del TAR Napoli con decreto n.2084 del 16.11.23 ha disposto la sospensione dell'interpello con la seguente motivazione e nei termini ivi indicati: *"Rilevato che la tutela della posizione giuridica di parte ricorrente, rispetto al pregiudizio di estrema gravità ed urgenza lamentato e consistente nella assegnazione definitiva delle sedi farmaceutiche , programmata per esaurirsi in data anteriore alla fissazione della camera di consiglio collegiale, può essere realizzata imponendo all'Amministrazione di arrestarsi alla assegnazione della posizione immediatamente precedente quella virtualmente assegnabile alla ricorrente, onde impedire che la tutela cautelare eventualmente accolta in sede collegiale sia inutiliter data"*. Ha poi fissato la **Camera di consiglio per il 5.12.23.**

Nelle more, però, la Regione Campania ha pubblicato sul proprio sito istituzionale, in data 10.11.2023, l'avviso con cui rende noto ai candidati del Concorso Straordinario che con decreto dirigenziale n. 748 del 10/11/2023 è stata approvata la graduatoria rettificata ed è stato aggiornato l'elenco delle sedi farmaceutiche disponibili per il predetto concorso. Il suddetto decreto dirigenziale 748/23, infatti, riporta la graduatoria rettificata e dà comunque atto dell'esclusione dell'odierno raggruppamento ricorrente in esecuzione delle sentenze del Tar Campania – Napoli, n. 5388/2023 e della sentenza del Consiglio di Stato n. 6016/2023, così come riporta un elenco aggiornato delle sedi.

In verità come rappresentato già nei secondi motivi aggiunti, sia la graduatoria aggiornata, sia l'elenco delle sedi aggiornato, andavano pubblicati prima di dare avvio all'interpello.

In ogni caso, comunque, la ricorrente si vede costretta ad impugnare (ove fosse necessario anche in via cautelativa), il suddetto decreto dirigenziale n. 748 del 10/11/2023, illegittimo e da annullare per meri vizi derivati. E ove occorrer possa anche la relazione depositata dalla regione ove valga come integrazione delle motivazioni dei decreti dirigenziali pubblicati e impugnati.

DIRITTO

I provvedimenti in questa sede impugnati sono illegittimi per vizi derivati e per essi debbono valere integralmente i motivi di impugnazione già proposti con il ricorso principale ed i successivi motivi aggiunti che qui si sintetizzano.

I) SULLA MANCATA PUBBLICAZIONE DI UNA NUOVA E DEFINITIVA GRADUATORIA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 19 D.LGS 33/13, DEGLI ART. 1, 3, 7,8, 9,10 LEGGE 241/90, DELL'ART. 24 COST. – ART. 9 E 10 DEL BANDO DI CONCORSO - MOTIVAZIONE CARENTE O COMUNQUE INCONGRUA E PERPLESSA - ECCESSO E SVIAMENTO DI POTERE PER DIFETTO DEL PRESUPPOSTO ED ERRONEA VALUTAZIONE E/O TRAVISAMENTO DEI FATTI, INGIUSTIZIA, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO E DEL PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE, TRASPARENZA E PUBBLICITÀ.

Come già denunciato nel primo motivo del ricorso principale (che riguardava l'interpello le posizioni 1 -17 e che qui deve intendersi integralmente trascritto), la Regione ha avviato l'interpello dalla posizione 18 in poi, senza la preventiva pubblicazione della graduatoria. Questa è stata pubblicata solo successivamente (e in questa sede impugnata), in prossimità della data dell'interpello fissato per il 19.11.23 con evidente violazione del procedimento e del diritto di difesa delle parti. Deve valere, quindi, anche quanto denunciato nel primo motivo di ricorso per secondi motivi aggiunti.

Poichè il decreto dirigenziale n. 748/23 viene emanato, così in esso si espone, per dare esecuzione alle sentenze dei Giudici amministrativi intervenute (TAR Na 1341/23, CdS n. 6016/2023 e sentenza TAR NA n. 5388/2023), deve valere il II motivo di ricorso esposto nel ricorso principale (e anche nei successivi I e II motivi aggiunti) di cui si riporta la parte essenziale.

II) SULL'OTTEMPERANZA ALLA SENTENZA DEL TAR CAMPANIA N. 1341/2023, CON IL DECRETO DIRIGENZIALE N. 92 DEL 03/03/2023 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 11 E 12 DELLA LEGGE 2 APRILE 1968, N. 475; DELL'ART. 11 DEL DECRETO-LEGGE 24 GENNAIO 2012, N. 1; DEGLI ARTT. 7 E 8 DELLA LEGGE 8 NOVEMBRE 1991, N. 362; DEGLI ARTT. 2, 5 E 6 DEL BANDO DI CONCORSO. CARENZA ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE, INGIUSTIZIA MANIFESTA, DISPARITÀ DI TRATTAMENTO.

“...Il TAR, conseguentemente, arriva ad una prima importante conclusione, ossia che **per le società per azioni**, deve allora affermarsi che la cessione delle quote di società titolari di sede farmaceutiche non equivalga affatto al trasferimento di titolarità della sede farmaceutica, la quale resta sempre in capo alla società; dunque, **non può**

applicarsi la preclusione decennale di cui alla legge n. 475/1968. Ed invero, come osservato, “nella fattispecie in esame non si verte nel caso della cessione della titolarità da parte di società titolare dell’autorizzazione, ma della cessione di quote minoritarie, rimanendo inalterata la titolarità della farmacia. Richiama, quindi, la sentenza del Cons. di St., sez. III, 13/04/2022 n. 2763 (v. tutto il punto V.2.4). Rispetto a quanto affermato al punto V.2.4 il TAR riporta una imprecisione su cui occorre fare chiarezza laddove stabilisce che “È allora attuale l’unanime orientamento giurisprudenziale [di cui però non si citano estremi] per cui, sebbene i vincitori di un concorso straordinario abbiano la possibilità di gestire in forma associata o societaria un’attività, tuttavia la titolarità della stessa rimane incardinata in capo ai singoli associati i quali soggiacciono agli obblighi stabiliti dalla legge”. Quanto affermato è solo parzialmente vero. La titolarità pro quota/pro indiviso ascritta ai vincitori in forma associata, sia in ipotesi di società di persone che di capitali, è comunque destinata a “convertirsi” ipso iure in **titolarità sociale** una volta che sia decorso il primo triennio di durata della gestione associata. Se, infatti, titolarità della farmacia e gestione societaria (su cui il TAR Campania mostra di fare molta confusione) restano distinte per il primo triennio, queste finiscono per **combaciare** dopo i primi tre anni di gestione paritaria (si segnala comunque che molte regioni hanno preferito da subito intestare la titolarità alla società costituita, senza passare per la titolarità pro-quota ai singoli associati per il primo triennio – anche qui – quindi – con diversità di situazioni e anche disparità di trattamento). Quindi, eventualmente, ciò che andava verificato, era se **il diritto di esercizio della farmacia, si era già riunito alla gestione in capo alla società (dopo il triennio) nelle sole ipotesi di farmacisti che avevano vinto una differente sede a concorso ed ottenuto, inizialmente, l’assegnazione della sede pro-quota.** Un aspetto, questo, che è sfuggito totalmente al TAR.

Al punto V.2.5., quindi, il TAR, in totale contraddizione rispetto a quanto affermato nei punti precedenti e su esaminati, afferma che la Regione Campania ha allora errato solamente nel non operare, in astratto, il necessario presupposto distinguo tra società di persone e società per azioni, non precludendo, come invece dovuto, ai candidati che hanno effettuato una cessione di quota di partecipazione in una società di persone titolare di sede farmaceutica – equivalente, come detto, al trasferimento della farmacia, sia pure pro quota -, la partecipazione all’interpello del concorso straordinario. Ed aggiunge una serie di considerazioni, in questa sede superflue, per dimostrare come sia equiparabile la cessione di quote di una società di persone, alla cessione di quote di una società inizialmente costituita come società di persone e poi trasformata in società di capitali.

Ciò su cui occorre soffermarsi, invece, anche per comprendere l’iter argomentativo della pronuncia, sono i due precedenti ivi citati: la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 10 gennaio 2020 n. 229 e la sentenza del Consiglio di Stato Sez. III del 13/04/2022 n. 2763.

Gli effetti della prima non sono estensibili ai ricorrenti odierni, in quanto il caso esaminato dalla sentenza riguardava certamente la cessione di quote di una snc, ma tale cessione era avvenuta nel 2003, quando non era ancora intervenuto né il Decreto Bersani (D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni dalla Legge 4 agosto 2006, n. 248) e neppure il DDL Concorrenza (articolo 1, comma 157, lettera a), della Legge 4 agosto 2017, n. 124) ed erano ancora in vigore i vecchi testi dei commi 1 e 2, dell'art. 7 della l. 362/91. All'epoca della cessione, quindi, vigeva ancora un regime in base al quale non vi era differenza sostanziale tra il farmacista singolo titolare della farmacia e la società di persone (unica consentita) titolare di farmacia.

La sentenza del Consiglio di Stato Sez. III del 13/04/2022 n. 2763, invece, attiene alla cessione di quote di una società di capitali, per le quali esclude in maniera assoluta la possibilità che possa ricorrere la preclusione decennale e benché tale sentenza faccia cenno alla differenza tra società di capitali e di persone (richiamando il precedente n. 229/20), è ovvio che si riferisce pur sempre al regime giuridico delle società di persone analizzato in detta sentenza. Un aspetto della sentenza non chiaro è certamente quello dei "vantaggi": "il socio abbia acquisito i relativi vantaggi (come precisato dalla Sezione, nella sentenza n. 229/2020), ma è quanto meno dubbio possa altresì rinvenirsi in una semplice cessione di quote di una società di capitale, dotata di personalità giuridica e di autonomia patrimoniale "perfetta". Infatti, sia nel caso di cessione di quote di una società di persone che di capitali, il socio acquisisce un vantaggio, per cui non si comprende la differenza a cui il Consiglio di Stato aveva voluto fare riferimento.

Ciò detto, e tornando alla sentenza del TAR campano, si vedrà che questa, prendendo come spunto proprio quanto sostenuto nei precedenti su esaminati, finisce per equiparare la situazione della società di persone, a quella di capitali nata come società di persone e poi trasformata in società di capitali. La logica che sembra sospingere il TAR è che laddove un farmacista sia titolare di quote societarie di una società di persone, questa sua posizione sia equiparabile al farmacista singolo e pertanto nei suoi confronti ricorre il regime di incompatibilità del farmacista individuale e anche le relative preclusioni (ivi compresa quella decennale). E ciò sulla base dell'assunto che la finalità perseguita dall'art. 12, co. 4, della l. n. 475/1968 è quella di impedire, cioè, che i farmacisti persone fisiche possano perseguire, sia pure indirettamente, lo scopo di lucro attraverso la monetizzazione di più sedi farmaceutiche ottenute tramite diversi bandi di concorso.

Ma proprio in questo sta la contraddittorietà e l'errore di fondo della sentenza, che si riverbera anche sui provvedimenti in questa sede impugnati, rendendoli erronei ed illegittimi.

- a) In primo luogo, le ricorrenti, ed in particolare la d.ssa Ragosa, non hanno tratto alcun lucro o monetizzazione di più sedi vinte al medesimo concorso o in regioni diverse. La cessione di quote della SNC atteneva a una titolarità (rurale sussidiata) acquistata e non vinta a concorso;*

- b) *Non si comprendono le ragioni per impedire che, nelle more del concorso straordinario (specie in uno come quello campano durato 10 anni) e della sua definizione, i concorrenti farmacisti traggano una remunerazione economica e/o il sostentamento da una attività, o attraverso l'acquisto o la vendita di quote societarie (siano esse di una snc o di una srl); quale sia la violazione di legge in cui questi incorrerebbero, dal momento che continua a non convincere il riferimento a disposizioni di legge (quale appunto l'art. 12) risalenti al 1968, quando il regime farmaceutico era completamente diverso, costituito dalla sola figura del farmacista singolo, che otteneva la sede dopo la partecipazione ad un concorso ordinario, e in cui, quindi, aveva una logica la volontà di impedire che lo stesso professionista conseguisse e traesse un beneficio economico dalla titolarità di due sedi. Ma nel caso in esame il beneficio, anche economico, che trae il socio dalla vendita di quote societarie di una società titolare di farmacia, non è equiparabile al beneficio economico conseguibile dalla titolarità personale ed individuale (tra l'altro detto beneficio è parziale e non integrale). Laddove il problema si rinvenisse nel regime di incompatibilità, occorrerebbe dare importanza alla circostanza che queste devono e possono essere rimosse prima dell'accettazione della sede. Il legislatore è intervenuto con la l. 124/17 a modificare radicalmente il sistema, determinando un'apertura al mercato anche di questo settore e attribuendo un peso rilevante alla titolarità in capo alle società. **Che non vi sia stato un corrispondente adeguamento di tutta la relativa normativa di settore è ormai un dato acclarato, e lo afferma la stessa sentenza del TAR Napoli, ma questo non vuol dire che l'interpretazione sistematica o la necessità di ricondurre l'operato di una amministrazione entro i confini di una determinato dato normativo, vuol dire tornare al passato (finendo di fatto per mantenere lo stesso regime precedente) anziché dare una lettura che sia conforme a quanto le norme nel frattempo intervenute hanno voluto innovare.***
- c) *Così come la cessione della titolarità di una farmacia a titolo individuale non può essere equiparata alla cessione di quote societarie di una società titolare di farmacia, perché alla cessione di quote non corrisponde la cessione della TITOLARITA', che rimane sempre in capo alla società (e questo ancor prima della intervenuta l. 124/17).*
- d) *Alcuni pronunciamenti giurisprudenziali continuano ad effettuare una equiparazione tra farmacista individuale e socio di una società di persone per il semplice regime di responsabilità e patrimoniale che riguarda le società di persone. Ma allora non si comprende perché il legislatore abbia deciso con l'art. 7 della l. 362/91, di prevedere la titolarità non solo in capo a persone fisiche, ma anche a società di persone e società cooperative a responsabilità limitata, (cui la l. 124/17 ha aggiunto le società di capitali), se poi sul piano giurisdizionale si continua a fare un cumulo e ad ignorare le differenze che il legislatore ha voluto*

introdurre. Se gli effetti sono gli stessi sia per il farmacista individuale sia per il farmacista socio di una snc o di una sas, allora che senso ha inserire tale varietà?

- e) Più in dettaglio poi, questo presunto allineamento o equiparazione tra farmacista singolo e socio di una società di persone, è evidente che si finisce per stravolgere anche le più elementari regole del diritto societario (vedere punto successivo).*

I provvedimenti impugnati, pertanto, nella misura in cui, ottemperando alla sentenza del TAR Campania, ritengono che sia da escludere dalla graduatoria ogni concorrente che negli ultimi dieci anni abbia anche solo ceduto quote di una società di persone di una sede farmaceutica (non vinta a concorso) sono illegittimi e da annullare.

Sarebbe illegittima e da annullare, quindi, anche la Relazione depositata in giudizio in ottemperanza al decreto presidenziale dell'11.11.23 che ribadisce la legittimità dell'esclusione della dottoressa Armenante/Ragosa in ragione della cessione di quote, di quest'ultima, di una società titolare di farmacia rurale sussidiata (specie se quanto riportato nella motivazione possa valere come integrazione di motivazioni del provvedimento, postume).

Ferme rimanendo tutte le considerazioni su esposte, infatti, nel caso di specie, occorre ribadire che la d.ssa Ragosa ha partecipato al concorso osservando sia una precisa norma di legge (art. 11 comma 3 d.l. 1/2012) sia il bando di concorso (art.2) che prevedono espressamente la possibilità di partecipare ai titolari di farmacia rurale sussidiata.

Nel caso di specie la d.ssa Ragosa aveva ancor più diritto di partecipare in quanto era titolare solo di mere quote di società titolare di farmacia rurale sussidiata (non era quindi titolare individuale della farmacia). In tutta Italia la partecipazione di questi farmacisti ha comportato l'assegnazione della sede farmaceutica, purchè alla data di assegnazione questi avessero dismesso la titolarità di dette quote societarie e/o avessero rinunciato alla titolarità della farmacia rurale (in caso di titolarità individuale, in quanto in questo caso dovrebbe applicarsi l'art. 112 del r.d. 1265/34). La d.ssa Ragosa ha fatto quindi l'unica cosa che era possibile fare (dopo che la legge le consentiva di partecipare), ossia cedere le quote della società titolare di farmacia rurale. Qualunque altra soluzione, avrebbe dovuto essere espressa dalla legge, in aggiunta a quella citata che ha consentito la partecipazione. Si aggiunga, poi, che anche l'avvenuta cessione di quote da parte della d.ssa Ragosa (sulla cui legittimità sino ad allora non vi era motivo di dubitare sulla base di quanto avvenuto in tutta Italia), è ancora una situazione rivedibile, nel senso che la d.ssa Ragosa può sulla base di un accordo negoziale con le altre parti del contratto, rivedere lo stesso, nel senso che l'adito TAR riterrà opportuno (dal momento che al momento non è noto in che modo la ricorrente avrebbe dovuto comportarsi).

Deve valere, quale motivo di impugnazione nei confronti della determina dirigenziale qui impugnata, anche il III motivo del ricorso principale (reiterato anche nei successivi motivi aggiunti) che qui si riporta.

III) Sull'erronea equiparazione del socio di società di persone (e/o possesso di quote societarie di una società di persone), al farmacista individuale. – Violazione e falsa applicazione dell'art. 2313 e ss c.c. e art. 3, 11 e ss l. 475/68, art. 7 e 8 l. 362/91, art. 2 del bando di concorso.

La preclusione decennale applicata anche a chi ha ceduto quote di una società di persone titolare di una farmacia (sulla presunta equiparazione con il farmacista individuale) appare illegittima anche sotto altro profilo e precisamente in quanto non è possibile arrivare ad una completa equiparazione tra farmacista individuale e socio di una società di persone (e le disposizioni della l. 465/68 andranno necessariamente raccordate con quelle di diritto societario -nel presente atto si farà riferimento alla sola SAS). Solo a titolo di esempio si osserva che:

- i) la costituzione di una S.a.s. deve avvenire mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata; diversamente la società opererebbe in maniera irregolare. Incombente non necessario nel caso del farmacista individuale.
- ii) Nella società in accomandita semplice convivono due categorie di soci:
 - accomandatari, responsabili solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali;
 - accomandanti, obbligati nel limite della quota di capitale sottoscritta. Quindi i creditori hanno l'obbligo di rifarsi sul capitale sociale e solo in caso di incapienza su quello dei soci. Il farmacista individuale risponde direttamente anche con i propri beni individuali.
- iii) La società, opera sotto una ragione sociale e nei limiti di uno statuto; limiti che non trova il farmacista individuale.
- iv) La rappresentanza della società spetta ai soci amministratori. Il Farmacista non è mai rappresentato da un soggetto terzo.
- v) Per la società in accomandita semplice, il divieto di concorrenza sussiste solo per i soci accomandatari. Per il farmacista individuale il divieto sussiste sempre.
- vi) Il ricavato dell'attività del farmacista individuale è di sua totale spettanza, mentre i redditi prodotti dalle società di persone sono considerati redditi dei soci componenti la compagine sociale in base al c.d. principio della trasparenza. Ai fini Irap, le società di persone sono invece autonomi soggetti passivi e, dunque, l'imposta viene applicata in capo all'ente collettivo e non in trasparenza ai suoi soci. Il reddito imputato al socio non è considerato reddito di capitale, bensì reddito d'impresa.

Questa è, ovviamente, una rapida panoramica, ma comunque superflua di fronte al fatto che all'art. 7 della l. 362/91 è stata introdotta una differenziazione sui soggetti giuridici che possono essere titolari di farmacia, per cui del tutto arbitrariamente a questa differenziazione vengono ricondotti i medesimi effetti, in quanto, in questo modo si elude o si aggira la diversificazione voluta dal legislatore.

Oltretutto la linea seguita dal TAR e dalla Regione (in ottemperanza) mostra un'altra importante incongruenza: se con la legge 124/2017 il legislatore ha espresso la chiara volontà di liberalizzare il settore, se si è superata la gestione individuale e quella delle società di persone, ammettendo anche quella in capo a società, e se è stabilito che ogni società possa detenere, direttamente o indirettamente, un numero di farmacie non superiore al 20% degli esercizi esistenti in una regione, **ad oggi qualcuno dovrebbe spiegare perché si continuano a fare dei distinguo per i partecipanti al concorso straordinario e ad applicare, solo ad essi, regole (e limitazioni anche in merito al numero di titolarità) che l'ordinamento non prevede, o attraverso una forzatura e una dilatazione interpretativa di norme esistenti (anziché rimettere, eventualmente la questione alla Corte Costituzionale) ma che si riferiscono ad un sistema ormai palesemente superato da anni.** Si arriva anche al paradosso, evidente nel caso di specie, in cui si vuole impedire, ai concorrenti collocati ai primi posti della graduatoria, di essere inseriti nella graduatoria stessa e di vedersi assegnata la sede, nonostante la cessione di quote societarie, comunque legittima, sia avvenuta in un arco temporale (i dieci anni impiegati dalla regione Campania) in cui era ingiusto pretendere che questi stessi concorrenti non assumessero alcuna iniziativa per provvedere al loro sostentamento.

Insomma, delle due l'una, o la legge 362/91 prima, e la l. 124/2017 poi, hanno introdotto la possibilità per le società di avere la titolarità della farmacia con conseguente necessità di applicare le disposizioni che attengono alla specifica tipologia societaria (in mancanza di indicazioni o eccezioni specifiche del T.U. sul servizio farmaceutico), oppure tutto questo non è accaduto e allora le preclusioni e le incompatibilità pensate dal legislatore per il farmacista individuale possono continuare a trovare applicazione. Ma è forse giunto il momento che si faccia definitivamente chiarezza, senza nascondersi dietro la scusa che il concorso straordinario ha avuto l'intento di favorire la massima partecipazione (cosa comunque avvenuta; così come la cessione di quote lascia comunque spazio ad altri pretendenti secondo logiche di mercato che in qualunque altro settore sono normali).

Conseguentemente andrà annullato o disapplicato l'art. 2 del bando di concorso laddove la parte "Ai sensi dell'art. 11 comma 3 possono partecipare al concorso straordinario i farmacisti che rientrano nelle seguenti fattispecie: a. non titolari di farmacia in qualunque condizione professionale si trovino..." o altra parte del bando stesso, sia interpretata nel senso di escludere non solo coloro che sono titolari di farmacia (e quindi i farmacisti individuali), ma anche i farmacisti che detenevano o avevano detenuto solamente quote societarie di una società di persone (si continua a ribadire, inoltre, che nel caso di specie trattavasi di quote di una farmacia rurale sussidiata). Oppure dovrà rimettersi alla Corte Costituzionale ogni conflitto fra norme che impedisca al farmacista che ha posseduto o possiede quote societarie di una società di persone di partecipare al concorso o di essere inserito in graduatoria e partecipare all'interpello.

Avv. Romina Raponi

Via Vittoria Colonna 32 - 00193 Roma (RM)

tel. 06 62277649 - fax 0668892383

Mail: romina.raponi@rrlegal.it

PEC: romina.raponi@avvocato.pg.it

Con l'avvio dell'interpello dalla posizione 18 in poi, la Regione decide di utilizzare la Piattaforma ministeriale, cosa che non ha invece inteso fare per l'interpello dalla Posizione 1 alla 17. Deve valere, quindi anche il IV motivo di ricorso (reiterato anche nei successivi motivi aggiunti), nella misura in cui valga ad avallare l'illegittimità della prima parte dell'interpello rispetto alla seconda.

IV) Violazione e falsa applicazione degli artt. 5 e 10 del bando di Concorso regionale, del decreto dirigenziale regione Campania n. 29/2013 punto n. 4, dell'art. 23 comma 12-septiesdecies del DL 95/2012 convertito in legge 135/12.

L'art. 5 e 10 del bando di concorso regionale prevedono che la procedura di interpello debba avvenire mediante l'utilizzo della Piattaforma informatica del Ministero della Salute istituita ai sensi dell'art. 23 c. septiesdecies del d.l. 95/12, ad oggi operativa, e che rilascia il numero di protocollo quanto alla scelta effettuata (v. il sito <https://www.concorsofarmacie.sanita.it/CCFarm/jsp/loginCandidato.jsp>; vedere anche il manuale utente depositato in giudizio, in cui sono dettate le istruzioni per la scelta delle sedi in fase di interpello che deve avvenire tramite la piattaforma). Da notare che quale conseguenza dell'art. 23 citato è che l'utilizzo della piattaforma è obbligatorio e non facoltativo, come hanno del resto fatto tutte le altre regioni d'Italia e proprio allo scopo dichiarato dalla norma di rendere uniformi e trasparenti le modalità di espletamento delle procedure relative al concorso straordinario per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche di cui all'articolo 11 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

La Regione, invece, ha avviato la procedura di interpello richiedendo ai chiamati di compilare un modulo prestampato da compilare e restituire agli uffici regionali via PEC. Tale modalità di interpello, quindi, è illegittima in quanto avvenuta con modalità diverse da quelle che la stessa Regione si è data attraverso il bando di concorso e che non assicura il sufficiente grado di trasparenza voluto dal legislatore.

ISTANZA CAUTELARE

Si confida nella conferma della misura cautelare concessa con decreto monocratico (o nella concessione di qualunque altra misura ritenuta opportuna, ivi compresa l'assegnazione della sede farmaceutica con riserva alle odierne ricorrenti, con l'intesa, quindi, che queste non potranno aprire la farmacia sino alla definizione del contenzioso), in quanto il fumus è nei motivi di gravame articolati nel ricorso introduttivo e in tutti i successivi motivi aggiunti.

Quanto al periculum in mora, è di immediata evidenza che nel caso in cui la procedura di interpello avviata dalla Regione con l'avviso del 31.10.23 riguardasse anche le posizioni

Avv. Romina Raponi

Via Vittoria Colonna 32 - 00193 Roma (RM)

tel. 06 62277649 - fax 0668892383

Mail: romina.raponi@rrlegal.it

PEC: romina.raponi@avvocato.pg.it

dalla 45 (in cui sono collocate le odierne ricorrenti in base alla graduatoria prima che fosse depurata delle esclusioni, ossia quella approvata con decreto n. 78/22) in poi, e se questo interpello giungesse a conclusione, si produrrebbe in capo alla ricorrente la perdita definitiva della possibilità di conseguire il bene della vita perseguito con il ricorso introduttivo, dal momento che si cristallizzerebbe la definitiva esclusione dalla graduatoria e la perdita definitiva di ottenere qualunque sede (visto che le sedi verrebbero tutte assegnate).

Si ribadisce poi, a dimostrazione della gravità del prosieguo dell'interpello, che quello che avrebbe dovuto essere un motivo di semplice incompatibilità (possessione di quote societarie) è divenuto un requisito di partecipazione al concorso ovvero di esclusione dallo stesso. Infatti, in tutti gli altri concorsi, è sufficiente che il candidato ceda, al momento dell'accettazione della sede, le quote di partecipazione eventualmente detenute in altra società per rimuovere le incompatibilità previste sia dall'art. 8 L. 362/91 che per le società del concorso straordinario ovvero quelle stabilite dall'art. 11 D.L. 1/2012 come convertito in L. n. 127/2012. Nel caso in esame gli esclusi dalla graduatoria saranno non solo quelli che hanno ceduto le quote della società costituita dalla stessa associazione presente nella graduatoria della Campania per la gestione della farmacia vinta a concorso in altra regione ma tutti quelli che hanno ceduto le quote di una società titolare di farmacia a qualunque titolo detenuta sia prima di partecipare al concorso che nel corso della procedura del concorso. Occorre infine tenere conto anche degli effetti dell'esclusione (illegittima) dalla graduatoria nei rapporti interni tra concorrenti che hanno partecipato in associazione perchè è evidente che tale grave situazione preclude anche agli altri associati di conseguire il bene della vita **(oltre ad aprire la strada a richieste risarcitorie all'interno della compagine associativa)**.

Di qui la necessità della sospensione dei provvedimenti impugnati non solo ai fini della conservazione della res controversa *adhuc integra* fino alla definizione nel merito del giudizio, ma anche a salvaguardia del preminente interesse pubblico alla regolarità delle operazioni di interpello.

Si ritiene che con la pubblicazione per pubblici proclami si sia assolto all'onere di integrazione del contraddittorio che deve valere anche per le future notifiche. In ogni caso

Avv. Romina Raponi

Via Vittoria Colonna 32 - 00193 Roma (RM)

tel. 06 62277649 - fax 0668892383

Mail: romina.raponi@rrlegal.it

pEC: romina.raponi@avvocato.pg.it

per scrupolo difensivo, il presente atto è notificato anche ad alcuni concorrenti dell'interpello dalla posizione 18 in poi. Valuti il Collegio se è necessario procedere ad ulteriore integrazione del contraddittorio, ed in ipotesi affermativa, di disporre la sola pubblicazione sul sito istituzionale della regione (ove ritenuto assolutamente necessario), tenuto conto dell'ingente costo che comporta la pubblicazione in G.U.

Tutto ciò premesso e considerato, piaccia a Codesto Ecc.mo Tribunale adito, così disporre:

CONCLUSIONI

Previa conferma della sospensione cautelare (o di concessione di altra misura cautelare ritenuta idonea), accogliersi il ricorso principale ed i motivi aggiunti, con ogni conseguente statuizione.

Ai sensi della normativa vigente sulle spese di giustizia si dichiara che il presente atto non è soggetto a contributo unificato secondo quanto stabilito dalla sentenza della Corte di Giustizia U.E., Sez. V, 6 ottobre 2015 resa sulla causa C-61/14, atteso che lo stesso non comporta un ampliamento sostanziale dell'oggetto della controversia già pendente e l'impugnazione di ulteriori atti rispetto al ricorso introduttivo è di pura forma e comunque sulla base di medesimi motivi, tenuto conto della unicità del rapporto controverso e la sostanziale sovrapponibilità delle censure. Si depositano i documenti indicati nel foliaro.

Roma 16.11.23

Avv. Romina Raponi