

ECC.MO T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI

Ricorso

per la **Dott.ssa Francesca CITERA** (C.F.CTRFNC74L46H703E), in proprio e nella qualità di legale rappresentante della Società “Farmacia Ci.Da S.r.l.” – già “Farmacia Ci.Da snc delle Dott.sse Francesca Citera e Valentina D’Agostino” - rappresentata e difesa – giusta procura in calce – dall’**Avv. Marcello FORTUNATO** (C.F. FRTMCL68P14 H703J), con il quale elegge domicilio digitale al seguente indirizzo pec: avvmarcellofortunato@pec.ordineforense.salerno.it);

contro la Regione Campania, in persona del legale rappresentante p.t.;

avverso e per l’annullamento – previa sospensione

nonché adozione di misure cautelari ex art. 56 c.p.a.

a – del Decreto Dirigenziale n. 748 del 10.11.2023, con il quale la Regione Campania ha approvato la “*graduatoria rettificata di cui all’Allegato A ... dei candidati partecipanti al concorso straordinario D.D. AGC Assistenza Sanitaria Settore Farmaceutico n. 29 del 23.05.2013 - Bando di Concorso Straordinario, per soli titoli, per l’assegnazione di sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio in Regione Campania in applicazione dell’art. 11, co. 3, D. L. 24.03.2012 n. 27 e s.m.i.*”, escludendo la ricorrente dell’assegnazione della sede farmaceutica prescelta;

b – ove e per quanto occorra, dell’avviso pubblicato in data 31.10.2023 sul sito istituzionale della Regione Campania, con il quale è stato previsto che “*l’interpello avrà inizio in data **19 novembre 2023** e si concluderà in data **24 novembre 2023***”;

c – ove e per quanto occorra ed ove lesivo, del Decreto Dirigenziale n. 92/2023 con il quale la Regione Campania ha disposto di dare esecuzione alla sentenza del T.A.R. Campania – Napoli n. 1341/2023;

d - ove e per quanto occorra ed ove lesivo, del Decreto Dirigenziale n. 354/2023 con il quale la Regione Campania ha disposto di dare esecuzione alla sentenza del Consiglio di Stato n. 6016/2023;
e - di tutti gli atti, anche non conosciuti, presupposti, connessi, collegati e consequenziali.

FATTO

1 - Con determina dirigenziale n. B07698 del 18.10.2012 (pubblicata sul B.U.R.L. n. 63 del 13.11.2012), la Regione Lazio ha approvato il bando di concorso straordinario per l'assegnazione di n. 279 sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio.

2 - La ricorrente, avendo interesse all'assegnazione di una sede farmaceutica, in possesso dei relativi requisiti, ha partecipato a detto concorso in **gestione associata** con la Dott.ssa Valentina D'Agostino.

All'esito, nell'ambito della Graduatoria degli idonei approvata con D.D. n. G15435 del 03.11.2014, ha ottenuto la posizione n. 79.

L'effettiva assegnazione della sede, previa accettazione, è avvenuta soltanto in data 24.01.2017, giusta D.D. n. G00563.

3 - *Medio tempore*, con D.D. n. 29 del 23.05.2013 (pubblicato sul B.U.R.C. n. 47 del 14.06.2013), anche la Regione Campania ha approvato il bando di concorso per l'assegnazione di n. 209 sedi farmaceutiche disponibili nel territorio regionale campano.

Avendone diritto, la ricorrente ha partecipato anche a tale procedura, sempre in **gestione associata** con la Dott.ssa Valentina D'Agostino, **così come espressamente previsto dal Bando**.

All'esito, nell'ambito della graduatoria definitiva approvata con D.D. n. 18 del 24.01.2020, ha ottenuto la posizione n. 86 ed è risultata idonea all'assegnazione di una sede farmaceutica.

4 – Conseguita l’assegnazione della sede farmaceutica nell’ambito della Regione Lazio in pendenza del procedimento indetto dalla Regione Campania, in data 17.03.2017, ha costituito la società in nome collettivo “Farmacia Ci.Da snc delle Dott.sse Francesca Citera e Valentina D’Agostino” in uno alla Dott.ssa Valentina D’Agostino.

E ciò, ancora una volta, nel rispetto non solo del bando, ma della disciplina *ratione temporis* applicabile, la quale già prevedeva la titolarità e gestione di una sede farmaceutica in forma societaria, a tale data mediante il ricorso a società di persone (art. 7 – comma 1 L. n. 362/1991).

5 – Come è noto, detta norma è stata successivamente modificata per effetto della L. n. 124/2017, con la possibilità di fare ricorso anche a società di capitali.

Nel rispetto di tale previsione, la ricorrente ha provveduto ad una mera trasformazione societaria: da società di persone a società di capitali.

Null’altro.

Tutto invariato.

Stessa compagine sociale, stesse quote (sempre al 50%), stessa amministrazione.

Il tutto, come da partecipazione a bando

6 – Senonché, con il provvedimento impugnato, la Regione Campania, nell’approvare la “*graduatoria rettificata - Bando di Concorso Straordinario, ... per l’assegnazione di sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio in Regione Campania*”, ha escluso la ricorrente dell’assegnazione della sede farmaceutica prescelta.

E ciò, assumendo che “*dai controlli effettuati dagli uffici regionali, **risulta incorrere nelle condizioni preclusive per aver ceduto la titolarità di sede farmaceutica, le quote sociali di società di persone titolari***”

di sede farmaceutica, nonché per aver proceduto alla trasformazione della natura societaria da società di persone a società di capitali”.

7 – Ma tale determinazione è manifestamente illegittima e va annullata – previa sospensione della relativa efficacia ed adozione di misure monocratiche ex art. 56 c.p.a. – per i seguenti

MOTIVI

I – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 11 – COMMA 7 DEL D.L. 1/2012, CONVERTITO DALLA L. N. 27/2012 NONCHE’ IN RELAZIONE AGLI ARTT. 2 E 5 DEL D.D. N. 29/2013 RECANTE “BANDO DI CONCORSO PUBBLICO REGIONALE STRAORDINARIO PER TITOLI PER L’ASSEGNAZIONE DELLE SEDI FARMACEUTICHE DISPONIBILI PER IL PRIVATO ESERCIZIO NELLA REGIONE CAMPANIA” – ART. 1 – COMMA 157 DELLA L. N. 124/2017) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – DI ISTRUTTORIA – DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – ARBITRARIETÀ)

1.1 – Il decreto impugnato è, prima di tutto, illegittimo per **difetto assoluto del presupposto** ed **erroneità manifesta**.

La Regione Campania ha escluso la ricorrente ritenendo – erroneamente – che la stessa abbia “*ceduto la titolarità di sede farmaceutica, le quote sociali di società di persone titolari di sede farmaceutica, nonché per aver proceduto alla trasformazione della natura societaria da società di persone a società di capitali”.*

1.2 – Ma così non è in fatto.

Con riferimento a ciascuno di detti profili, si osserva quanto segue.

1.2.1 - **Nessuna cessione della titolarità della sede farmaceutica.**

La ricorrente ha partecipato al Bando **in gestione associata con la Dott.ssa Valentina D’Agostino.**

E ciò, in perfetta conformità al Bando (si cfr. art. 3 e 5 del D.D. n. 29/2013).

Sempre in conformità al bando ed alla disciplina all'uopo applicabile ha provveduto:

- in data in data 17.03.2017, a costituire apposita società in nome collettivo ("Farmacia Ci.Da snc delle Dott.sse Francesca Citera e Valentina D'Agostino"), in uno all'altra concorrente, la Dott.ssa Valentina D'Agostino;

- in data 22.05.2021, in seguito alle modifiche apportate all'art. 7 – comma 1 della L. n. 362/1991, si è limitata ad una mera trasformazione da società di persone (s.n.c.) a società di capitali (s.r.l.).

La compagine sociale è rimasta sempre e del tutto invariata (dott.sse Francesca Citera e Valentina D'Agostino – 50% ciascuna)

Del pari invariata la titolarità della sede farmaceutica.

Nessuna cessione a terzi.

In altri e più chiari termini, sempre e comunque le dott.sse Citera e D'Agostino, in misura pari, come da originaria domanda di partecipazione al bando.

E' stata modificata solo la forma giuridica della gestione, mediante il ricorso al modulo societario consentito dal bando, prima, dall'art. 7 – comma 1 della L. n. 362/1991, poi.

Null'altro.

Non sussiste, pertanto, la contestata cessione della "*titolarità di sede farmaceutica*".

1.2.2 – Non è del pari vero in fatto che la ricorrente avrebbe "*ceduto .. le quote sociali di società di persone titolari di sede farmaceutica*".

Come già sopra evidenziato – e come confermato dalla documentazione in atti – nessuna cessione di quote.

Sempre e comunque la medesima titolarità: le dott.sse Citera e D'Agostino nella misura del 50% ciascuna.

Sul punto, l'esame comparativo domanda di partecipazione / costituzione società di persone / trasformazione in società di capitale / attuale compagine sociale è univoca: **sempre la stessa**.

1.2.3 – Del tutto irrilevante, poi, l'intervenuta trasformazione da società di persone a società di capitali.

Trattasi, invero, di una delle modalità di gestione espressamente previste dall'art. 7 – comma 1 della L. n. 362/1991.

Il riferimento, sul punto, va alle modifiche introdotte dalla L. n. 124/2017 – recante la “*Legge annuale per il mercato e la concorrenza*” - la quale ha sostituito il precedente comma 1 dell'art. 7 succitato in tema proprio di modalità di gestione.

In particolare, ai sensi dell'art. 1 – comma 157 di detta norma, “*sono titolari dell'esercizio della farmacia privata le **persone fisiche**, in conformità alle disposizioni vigenti, le **società di persone, le società di capitali** e le società cooperative a responsabilità limitata”.*

In altri e più chiari termini, **con detta norma è stata prevista la titolarità e gestione di una farmacia da parte anche di società di capitali**.

Muovendo da tale norma, la ricorrente, titolare della farmacia mediante una società di persone costituita sulla base del regime *ratione temporis* vigente, si è limitata ad una mera trasformazione sulla base della norma sopravvenuta.

Nulla di più.

E, soprattutto, nulla che possa rappresentare una qualsivoglia violazione.

II – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 11 – COMMA 7 DEL D.L. 1/2012, CONVERTITO DALLA L. N. 27/2012 NONCHE’ IN RELAZIONE AGLI ARTT. 2 E 5 DEL D.D. N. 29/2013 RECANTE “BANDO DI CONCORSO PUBBLICO REGIONALE STRAORDINARIO PER TITOLI PER L’ASSEGNAZIONE DELLE SEDI FARMACEUTICHE DISPONIBILI PER IL PRIVATO ESERCIZIO NELLA REGIONE CAMPANIA” – ART. 1 – COMMA 157 DELLA L. N. 124/2017) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – DI ISTRUTTORIA – DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – ARBITRARIETÀ)

2.1 – Le considerazioni che precedono sono evidenti ed assorbenti.

Del pari, l’errore di fatto da cui muove la determinazione assunta.

2.2 – In una diversa ed improbabile ottica, qualora la P.A. avesse inteso disporre l’avversata esclusione muovendo dalla sola trasformazione da società di persone a società di capitale, ritenendo che tale fosse la portata delle sentenze del T.A.R. Campania – Sez. III n. 1341/2023 e del Consiglio di Stato - Sez. III, n. 6016 del 19.06.2023, richiamate nelle premesse, gli atti impugnati sarebbe del pari manifestamente illegittimi.

2.3 – La portata di dette decisione è del tutto diversa.

La lettura offerta dalla Regione è errata.

***** ***** *****

A – SULL’ESATTA PORTATA DELLA SENTENZA DEL T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI – SEZ. III, N. 1341 DEL 02.03.2023

a.1 – La vicenda decisa da codesto Ecc.mo T.A.R. ha ad oggetto l’esatta portata della previsione di cui all’art. 12 – comma 4 della L. n. 475/1968 ovvero del divieto ivi previsto.

In particolare, con detta decisione, il T.A.R. ha avuto modo di precisare che “V.3.1 - la disciplina di settore va, cioè, interpretata, oltre che con riferimento al dato letterale, anche in base ad una collocazione

sistematica della stessa rispetto al complesso delle disposizioni vigenti in materia e sempre tenendo come riferimento, sotto il profilo teleologico, la ratio ad essa sottesa.

Ove la titolarità delle predette farmacie, assegnata originariamente ad una società di persone, **sia stata oggetto di cessione, in occasione della trasformazione, in favore di una società di capitali, la costituzione della società per azioni, tramite il collegamento negoziale sottostante, costituisce effettivamente un espediente attraverso il quale eludere la finalità perseguita dall'art. 12, co. 4, della l. n. 475/1968** – 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 - e **come tale la suddetta operazione deve ritenersi preclusa, incorrendo nella condizione ostativa ivi prevista (cfr. per un caso analogo, Cons. di St., sez. III, 2.08.2022, n. 6775).**

In altri termini, in tale ipotesi, **il trasferimento della farmacia** è, invero, **avvenuto a monte**, all'atto della trasformazione della società di persone in società di capitali, primo momento della operazione negoziale complessivamente intesa, divenendo poi irrilevante, ai fini escludenti, la successiva cessione di quote della società a responsabilità limitata, già costituita, di per sé, invece, astrattamente consentita in quanto partecipazione meramente finanziaria.

Ricorre, dunque, nei casi da ultimo esaminati, trasformazione della società di persone in società di capitali ed indipendentemente dalla ulteriore cessione delle quote, la causa interdittiva comportante l'esclusione, posto che con un comportamento formalmente lecito si realizza un risultato contrario alla legge.

....

VIII. il ricorso deve allora essere accolto, **nei termini di cui all'esposta motivazione, ritenendosi che la cessione di quote nell'ambito della società di persone - possa essere ascritta alla fattispecie di cui all'art. 12, comma 4, della l. 475/1968,** ("il farmacista che abbia ceduto la propria farmacia ai sensi del presente articolo o del successivo art. 18 non può concorrere all'assegnazione di un'altra farmacia se non sono trascorsi almeno dieci anni dall'atto del trasferimento"), incorrendosi, dunque, nella causa interdittiva escludente dedotta.

Rientrano in tale fattispecie anche le indicate e specifiche ipotesi di elusione della norma perseguita tramite il descritto collegamento negoziale, ove le predette operazioni societarie di trasformazione (da società di persone a società per azioni) siano intervenute successivamente all'espletamento del concorso straordinario e prima dell'interpello per l'assegnazione, nell'arco del decennio antecedente".

a.2 – Con detta statuizione, cioè, codesto Ecc.mo T.A.R. ha avuto modo di ricondurre alla fattispecie di cui all'art. 12 – comma 4 della L. n. 475/1968 "**le indicate e specifiche ipotesi di elusione della norma perseguita tramite il descritto collegamento negoziale ..**".

Il riferimento, cioè, non è alla trasformazione *tout court* della società di persone in società di capitali, ma alla elusione di detta norma mediante il "*descritto collegamento negoziale*".

Il *collegamento* cui fa riferimento il T.A.R. è quello riportato al precedente paragrafo V.3.1 della sentenza ovvero tra l'atto di trasformazione della società (da società di persone a società di capitali) e quello di cessione delle quote della società così trasformata.

Il T.A.R., cioè, ha attribuito rilevanza alla configurabilità di un unico accordo negoziale (trasformazione e cessione delle quote), volto ad eludere le finalità dell'art. 12 – comma 4 della L. n. 475/1968.

Il *collegamento* presuppone necessariamente due distinti negozi giuridici: trasformazione e cessione.

Nessun collegamento, invece, potrebbe giammai sussistere in presenza di un unico atto ovvero della mera trasformazione societaria.

Tale modifica, infatti, è sottesa ad una mera esigenza gestionale da parte del privato, nel rispetto della legge, senza assumere alcuna rilevanza ai fini del divieto di cui all'art. 12 – comma 4 della L. n. 475/1968.

a.3 – La correttezza della ricostruzione che precede trova conferma nella lettura puntuale dell'ultimo capoverso del paragrafo VIII della sentenza di codesto Ecc.mo T.A.R., laddove si precisa che “*rientrano in tale fattispecie ... le **indicate e specifiche ipotesi** di elusione della norma ... **tramite il descritto collegamento negoziale**”.*

Il dato testuale è univoco.

a.3.1 - Ogni ipotesi di divieto e/o comunque limitativa del diritto del privato, poi, è di stretta interpretazione, non essendo possibile alcuna lettura estensiva e/o analogica (si cfr. Cassazione Civile, Sez. Un., n. 2061 del 28.01.2021).

***** ***** *****

B – SULL'ESATTA PORTATA DELLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO - SEZ. III, N. 6016 DEL 19.06.2023

b.1 – Fermo quanto sopra, ogni eventuale dubbio viene superato dalla lettura della successiva sentenza del Consiglio di Stato - Sez. III, n. 6016 del 19.06.2023.

In particolare, con detta statuizione, il Giudice di appello ha avuto modo di chiarire che “27. *In altre parole, ai fini della verifica*

dell'incompatibilità (anche a seguito dell'acquisizione di una nuova farmacia) sancita dalla legge, **non viene in rilievo l'ammissibilità e la liceità della trasformazione della società** (da società di persone a società di capitali) e della fattispecie a formazione progressiva di cui è espressione il collegamento negoziale, **quanto, ex se, la precedente titolarità di farmacia, successivamente dismessa.**

..... infatti, è **questa doppia evenienza (pregressa titolarità del presidio, anche attraverso la detenzione della quota di società di persone e sua successiva cessione,** intermediata dalla trasformazione societaria) ad integrare gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 12 comma 4, a prescindere da ogni altra considerazione sulla liceità dei passaggi negoziali che hanno condotto alla trasformazione della società e al subentro di questa, nella sua veste di società di capitale, nella titolarità della farmacia;

28. In questa prospettiva teleologica e sistematica, **è la cessione delle quote di società di persone in origine detenute a comportare l'incompatibilità** ed esattamente **in questo (condivisibile) senso va inteso il passaggio della sentenza impugnata** nel quale si afferma che "ove la titolarità delle predette farmacie, assegnata originariamente ad una società di persone, sia stata oggetto di cessione, in occasione della trasformazione, in favore di una società di capitali, la costituzione della società per azioni, tramite il collegamento negoziale sottostante, costituisce effettivamente un espediente attraverso il quale eludere la finalità perseguita dall'art. 12, co. 4, della l. n. 475/1968 – 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 - e come tale la

suddetta operazione deve ritenersi preclusa, incorrendo nella condizione ostativa ivi prevista”.

Come stabilito dalla Sezione con argomentazioni che il Collegio condivide, è decisiva “la nozione di “cessione” dell’esercizio farmaceutico, la cui realizzazione nel decennio (antecedente alla data di presentazione della domanda di partecipazione al concorso straordinario) priva il cedente di uno dei requisiti partecipativi” (Consiglio di Stato, cit. n. 6775/2022).

L’esito di questa operazione dismissiva va verificato confrontando la situazione di partenza del concorrente (socio di società di persona e titolare pro quota di farmacia) e la sua situazione attuale (assenza di quote), poiché è questo semplice raffronto che restituisce il dato di una pregressa detenzione dell’esercizio farmaceutico che è poi venuta meno e che lo rende non idoneo alla nuova assegnazione.

29. In questa prospettiva, risulta complessivamente condivisibile, **sia pure con le precisazioni innanzi segnalate**, l’impianto motivazionale della sentenza di primo grado tendente a conferire rilevanza al collegamento dei passaggi negoziali attraverso i quali questa dismissione è stata realizzata, quali “l’atto della trasformazione della società di persone in società di capitali, primo momento della operazione negoziale complessivamente intesa” e “la successiva cessione di quote della società a responsabilità limitata, già costituita, di per sé, invece, astrattamente consentita in quanto partecipazione meramente finanziaria”

b.2 – In altri e più chiari termini, il Consiglio di Stato ha chiarito che affinché possa ricorrere la fattispecie di cui all’art. 12 – comma 4 della L. n. 475/1968 è necessario che:

- si verifichi la succitata “**doppia evenienza (pregressa titolarità del presidio ... e sua successiva cessione, intermediata dalla trasformazione societaria)**”;

- si abbia la *cessione* dell'esercizio farmaceutico mediante la cessione delle quote.

All'uopo il Consiglio di Stato ha individuato anche una oggettiva attività di verifica ovvero il confronto tra “*la situazione di partenza del concorrente (socio di società di persona e titolare pro quota di farmacia) e la sua situazione attuale (assenza di quote)*”.

Nella specie, il confronto tra la situazione di partenza e quella di arrivo conduce ad una perfetta sovrapposibilità.

b.3 – Ciò chiarito, un'ultima precisazione.

La motivazione di cui sopra assume rilevanza dirimente anche ai fini della corretta lettura della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III, n. 1341/2023 di cui al paragrafo sub A).

L'impianto motivazionale della sentenza di primo grado, infatti, è stato ritenuto “*complessivamente condivisibile, **sia pure con le precisazioni innanzi segnalate***” (si cfr. paragrafo 29).

La sentenza del T.A.R., cioè, va letta unitamente alle *precisazioni* rese dal Giudice di appello.

***** ***** *****

2.4 – Chiarita l'esatta portata delle decisioni da cui muove l'avversata esclusione dalla graduatoria della ricorrente, è evidente che:

- la mera trasformazione di una società di persone in società di capitali non può giammai *ex se* sostanziare il divieto di cui all'art. 12 – comma 4 della L. n. 475/1968 e, quindi, comportare l'esclusione della graduatoria di cui al “*concorso straordinario, per soli titoli, bandito con Decreto Dirigenziale del 23 maggio 2013, n. 29, per l'assegnazione di n. 209 sedi farmaceutiche disponibili per il privato esercizio in Regione Campania in applicazione dell'art. 11 – comma 3 D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni in L. 24 marzo 2012, n. 27, e s.m.i.*”;

- affinché possa ricorrere la suddetta fattispecie è necessario che intervenga sia la trasformazione che la cessione e che detti distinti atti siano legati da un collegamento ovvero rientrino in un unico schema negoziale volto ad eludere il divieto di cui all'art. 12 – comma 4 succitato. Nulla di tutto ciò nella specie.

2.5 – Nella presente vicenda infatti:

- la ricorrente ha partecipato ai bandi in gestione associata con la Dott.ssa Valentina D'Agostino, in eguale misura;
- in seguito all'assegnazione della sede farmaceutica da parte della Regione Lazio ed in pendenza del procedimento di assegnazione della Regione Campania, hanno costituito una società in nome collettivo; e ciò, in applicazione dell'art. 7 – comma 1 della n. 362/1991, nel testo applicabile *ratione temporis*;
- in data 22.05.2021, hanno trasformato detta società in società di capitali, coerentemente con le modifiche apportate a detto art. 7 – comma 1 dall'art. 1 – comma 157 della L. n. 124/2017.

E ciò, per meri fini fiscali, gestionali di responsabilità patrimoniale.

Nessuna cessione.

Dunque, nessun collegamento negoziale con un qualsivoglia altro atto, secondo lo schema sanzionato dal G.A. con le decisioni succitate.

III – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 11 – COMMA 7 DEL D.L. 1/2012, CONVERTITO DALLA L. N. 27/2012 NONCHE' IN RELAZIONE AGLI ARTT. 2 E 5 DEL D.D. N. 29/2013 RECANTE “BANDO DI CONCORSO PUBBLICO REGIONALE STRAORDINARIO PER TITOLI PER L'ASSEGNAZIONE DELLE SEDI FARMACEUTICHE DISPONIBILI PER IL PRIVATO ESERCIZIO NELLA REGIONE CAMPANIA” – ART. 1 – COMMA 157 DELLA L. N. 124/2017) – ECCESSO DI POTERE

(DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – DI ISTRUTTORIA – DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – ARBITRARIETÀ)

3.1 - L'avversata esclusione è illegittima anche per violazione della *lex specialis*.

Ai sensi dell'art. 12 del Bando, recante le “*cause di esclusione dalla graduatoria*”, “*i vincitori di concorso sono esclusi dalla graduatoria e decadono dall'eventuale assegnazione della sede nei seguenti casi*:

- a) *rinuncia esplicita alla sede;*
- b) *omessa risposta all'interpello di cui all'art. 10;*
- c) *indicazione, in ordine di preferenza, di un numero di sedi inferiore al numero della propria posizione in graduatoria;*
- d) *inutile decorso del termine concesso per la dichiarazione di cui all'art. 11 lettera c);*
- e) *manca di uno dei requisiti di cui all'art. 2 emersa successivamente all'interpello;*
- f) *non accettazione, a qualsiasi titolo e per qualsiasi ragione, della sede proposta;*
- g) *omessa apertura dell'esercizio assegnato entro 180 giorni dalla data di notifica dell'avvenuta assegnazione della sede.*

In caso di partecipazione in forma associata è causa di esclusione dalla graduatoria il verificarsi dell'ipotesi sub e) anche in capo a uno solo degli associati.

L'esclusione dalla graduatoria è resa nota al candidato tramite comunicazione all'indirizzo PEC dallo stesso indicato nella domanda”.

La mera trasformazione societaria non ricorre in nessuna di dette ipotesi.

Com'è noto, in materia, vige il principio di tipicità e di stretta interpretazione.

3.2 - **Nella specie, non ricorre alcuna di dette ipotesi.**

Per l'effetto, il decreto impugnato è, altresì, illegittimo per difetto assoluto del presupposto e per violazione della *lex specialis*.

IV – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 3 E 10 BIS DELLA L. N. 241/1990) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – DI ISTRUTTORIA – ERRONEITA' MANIFESTA – TRAVISAMENTO) – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO

4.1 – In data 27.09.2023, la ricorrente, venuta a conoscenza di alcune verifiche intraprese dalla Regione volte all'esclusione di alcuni candidati all'esito delle pronunce del T.A.R. Campania – Napoli n. 1341/2023 e del Consiglio di Stato n. 6016/2023.

In uno spirito di leale collaborazione ed ai fini della corretta collocazione in graduatoria, ha depositato apposita nota, con allegato parere legale, con la quale ha rappresentato l'insussistenza di qualsivoglia *condizione preclusiva* ai fini dell'assegnazione della richiesta sede farmaceutica.

Nel contempo, ha anche invitato la Regione a chiedere ulteriori chiarimenti ove ritenuti necessari prima dell'adozione di qualsivoglia provvedimento conclusivo.

4.2 - Nulla.

La P.A.:

- ha completamente ignorato detta richiesta;
- ha immediatamente escluso la ricorrente.

E ciò, tra l'altro, sulla base delle motivazioni in relazione alle quali è stato redatto il trasmesso parere legale, chiarendo l'insussistenza di qualsivoglia *condizione preclusiva*.

Tale circostanza dà conto della violazione degli atti impugnati per difetto assoluto di motivazione (art. 3 della L. n. 241/1990) ovvero dell'art. 10

– comma 1 – lett. b) della stessa legge, attesa l’obbligo della P.A. di motivare sul contributo procedimentale del privato.

V - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 11 – COMMA 7 DEL D.L. 1/2012, CONVERTITO DALLA L. N. 27/2012 NONCHE’ IN RELAZIONE AGLI ARTT. 2 E 5 DEL D.D. N. 29/2013 RECANTE “BANDO DI CONCORSO PUBBLICO REGIONALE STRAORDINARIO PER TITOLI PER L’ASSEGNAZIONE DELLE SEDI FARMACEUTICHE DISPONIBILI PER IL PRIVATO ESERCIZIO NELLA REGIONE CAMPANIA”) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – DI ISTRUTTORIA – DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – ARBITRARIETÀ)

5.1 – Il provvedimento impugnato è illegittimo per difetto di istruttoria e di motivazione anche sotto un ulteriore ed autonomo profilo.

La P.A. ha escluso la ricorrente muovendo “*dai controlli effettuati dagli uffici regionali*”.

Non è dato comprendere quali siano stati detti controlli.

Né, tanto meno, le relative risultanze.

VI - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 10 BIS DELLA L. N. 241/1990) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – DI ISTRUTTORIA – ERRONEITA’ MANIFESTA – TRAVISAMENTO) – VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO

6.1 – Il provvedimento impugnato è, infine, illegittimo **per violazione dell’art. 10 bis della L. n. 241/1990.**

La portata e le finalità di tale previsione normativa sono note.

In applicazione di detta disposizione, la legittimità del provvedimento finale è subordinata non solo alla comunicazione dei motivi ostativi, ma alla effettiva valutazione delle osservazioni ed a una idonea motivazione sul mancato accoglimento delle stesse: “*dell’eventuale mancato*

accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale”.

E ciò, all’evidente scopo di evitare che la partecipazione degli interessati si risolva in un mero adempimento procedurale.

6.2 – La *ratio*, come è noto, è quella di garantire una effettiva partecipazione.

Nella specie, nulla di tutto questo.

La Regione Campania ha provveduto alla immediata esclusione della ricorrente dalla graduatoria senza alcuna comunicazione preventiva dei presunti motivi ostativi, inibendo così la partecipazione al procedimento.

6.3 - La violazione dell’art. 10 bis della L. n. 241/90 è tanto più rilevante ove si consideri che il rispetto del prescritto *iter* procedurale avrebbe consentito, attraverso la partecipazione del destinatario del provvedimento finale, di chiarire:

- l’erroneità dei rilievi opposti;
- la sussistenza dei presupposti per l’accoglimento dell’istanza di condono.

In altri termini, **la preventiva comunicazione dei motivi ostativi sarebbe stata sicuramente utile e avrebbe condotto la P.A. ad un esito diverso.**

E ciò, tanto più ove si consideri che la ricorrente, nell’ambito della precedente graduatoria, era collocata in posizione utile.

6.4 – In materia, la giurisprudenza è univoca nel ritenere che “**la ratio delle disposizioni garantiste dettata dagli artt. 7, 10 e 10 bis L. n. 241 del 1990, è quella di assicurare al privato la partecipazione ad un procedimento suscettibile di concludersi con un provvedimento lesivo della sua sfera giuridica.** La partecipazione

al procedimento, di cui il previo avviso costituisce il necessario presupposto, svolge dunque, nella sostanza, una funzione conoscitiva a vantaggio di ambedue le parti, pubblica e privata, atteso che consente all'interessato un'anticipata tutela delle proprie ragioni e permette all'Amministrazione di ridurre i margini di errori, nei quali potrebbe eventualmente incorrere adottando un provvedimento illegittimamente lesivo della sfera giuridica del suo destinatario.

Un'applicazione corretta dell'art.10 bis della L. n. 241 del 1990 esige, non solo che l'Amministrazione enunci compiutamente nel preavviso di provvedimento negativo le ragioni che intende assumere a fondamento del diniego, ma anche che le integri, nella determinazione conclusiva (ovviamente, se ancora negativa), con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio predecisorio attivato dall'adempimento procedurale in questione (Cons. St., sez. I, 25 marzo 2015, n.80 e sez. VI 2 maggio 2018 n. 2615)” (si cfr., tra le tante, T.A.R. Campania - Sez. III, Sent. n. 2257 del 05.05.2016; T.A.R. Campania – Salerno, Sez. 2328 del 03.11.2021; T.A.R. Campania – Salerno, Sez. II, n. 441 del 27.03.2018; T.A.R. Campania – Napoli, Sez. III – sent. n. 3146 del 15.07.2020; n. 3043 del 13.07.2020).

ISTANZA DI SOSPENSIONE

I - Il danno è grave ed irreparabile.

Per effetto degli atti impugnati, la ricorrente si è vista illegittimamente esclusa dalla graduatoria per l’assegnazione della sede farmaceutica, della quale risulta già vincitrice.

E ciò:

- in assenza di qualsivoglia garanzia partecipativa;

- attraverso una erronea lettura del quadro normativo da cui muove;
- in realtà, senza alcun reale motivo.

II - Il danno è tanto più grave ove si consideri che la Regione Campania ha anche già fissato la data per l'interpello per l'assegnazione delle sedi disponibili dal 19.11.2023 al 24.11.2023.

In tale esatto contesto, si rende quanto mai necessaria l'adozione di un'idonea misura cautelare che consenta alla ricorrente di accedere a tale fase procedurale, **anche con riserva**, ovvero nelle more della decisioni da parte di codesto Ecc.mo T.A.R..

P.Q.M.

Accogliersi il ricorso, in uno all'istanza cautelare, con ogni conseguenza di legge anche in ordine alle spese e competenze del giudizio.

Ai sensi degli artt. 9 e ss. del D.P.R. n. 115/02 si dichiara che la presente controversia è soggetta al contributo unificato in misura fissa di € 650,00.

Salerno/Napoli, 21.11.2023.

Avv. Marcello FORTUNATO

RICHIESTA DI MISURE CAUTELARI MONOCRATICHE EX ART. 56

C.P.A.

I - Si rende improcrastinabile ed ineludibile l'esigenza di ottenere misure cautelari monocratiche nelle more della prima udienza utile per la trattazione dell'istanza cautelare.

II - Con gli atti impugnati la Regione Campania:

- ha escluso la ricorrente dall'assegnazione della sede farmaceutica cui ha diritto;

- ha fissato i termini per l'interpello (dal 19.11.2023 al **24.11.2023**) per l'assegnazione delle sedi disponibili.

Qualora i provvedimenti non venissero immediatamente sospesi nelle more della prima udienza cautelare, la ricorrente non potrebbe più scegliere la sede farmaceutica cui ha diritto sulla base della relativa posizione in graduatoria.

A ciò aggiungasi che le sedi disponibili sono limitate.

In mancanza di un immediato intervento da parte di codesto Ecc.mo T.A.R., pertanto, sarebbe preclusa alla ricorrente scegliere qualsivoglia sede e, quindi, ottenere la prevista assegnazione.

E' evidente l'estrema gravità ed urgenza.

III - Al danno lamentato potrebbe ovviarsi mediante un provvedimento cautelare che disponga l'ammissione con riserva ai fini dell'esercizio dell'interpello come disposto dalla Regione con l'intervenuto avviso.

IV - Sotto altro profilo, nessun interesse pubblico contrario.

In tale esatto contesto, si rende quanto mai necessaria l'adozione di una idonea misura cautelare monocratica.

Salerno/Napoli, 21.11.2023.

Avv. Marcello FORTUNATO