

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

Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania-Napoli

Sez. III - Rg. 1402/2023

Ricorso per 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, Pironti Bottiglieri Simona, RINALDI CLAUDIO, Barone Antonio, Marotta Nello, Mossesso Valentina, Rullo Lucio, Di Giacomo Rita, Gambacorta Carminio, Stadio Carmelo Luca, D'Anna Giovanni, Ronsisvalle Francesca, Scarinzi Francesco, Borrelli Luigi, Caliendo Vincenzo, Bernardino Giuseppina, De Angelis Lucio Mario.

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) (all.2);

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

- 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 (si allega un esempio -all.3 e 4);
- 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 (doc.5).

**E con il presente atto per motivi aggiunti, l'annullamento previa
sospensione cautelare**

- 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.

FATTO

Per ragioni di sinteticità si rinvia al ricorso principale quanto alla descrizione dei fatti ove si è rappresentato che la ricorrente, dopo aver partecipato al concorso pubblico regionale straordinario per titoli, per l'assegnazione di 209 sedi farmaceutiche, indetto dalla Regione Campania è stata esclusa dalla graduatoria in presunta ottemperanza della **sentenza del TAR Campania Napoli n. 1341/2023**.

All'esito della pubblicazione della sentenza, infatti, la Regione Campania, emanava il **Decreto Dirigenziale n. 92 del 03/03/2023** che escludeva l'odierna ricorrente dalla graduatoria e dava avvio alla procedura di interpello.

Detta esclusione è avvenuta, presumibilmente, in ragione del fatto che la d.ssa Ragosa

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

ha ceduto nel 2016 le quote di una società titolare di farmacia.

La dottoressa Ragosa Giuseppina, infatti, è stata socia accomandataria di una società di gestione di una Farmacia RURALE SUSSIDIATA (la “Farmacia del Fortore sas della dottoressa Ragosa Giuseppina. & C.”) dal 5/10/2010 al 16 dicembre 2016; società che il 25/10/2010 ha acquisito la titolarità della farmacia Di Carluccio Gaetana (v. doc.11). Il 14.12.2016 la d.ssa Ragosa Giuseppina ha ceduto le proprie quote societarie alla d.ssa Pavese Margherita (v doc.12, doc.13 e doc.14).

La Regione, pertanto, deve aver ritenuto sussistere, nei confronti dell’associazione, la preclusione di cui all’art. art. 12 della Legge n. 475/1968. E si ribadisce che ciò rimane una presunzione in quanto la Regione non ha mai inviato alcuna comunicazione in merito all’esclusione dalla graduatoria e alle relative motivazioni.

Contrariamente a quanto deve aver concluso la Regione, tra l’altro, la d.ssa Ragosa poteva partecipare al Concorso straordinario in quanto al tempo di presentazione della domanda non era titolare di una farmacia. E nel 2016 non ha ceduto la titolarità di una farmacia vinta in altro concorso straordinario, ma le quote societarie di una società titolare di una **farmacia che comunque era rurale sussidiata** (acquistata e non vinta a concorso). Quindi, anche a voler ammettere che la d.ssa Ragosa avesse la titolarità di una farmacia (e così non è) poteva comunque partecipare al Concorso straordinario in quanto l’art. 2 del bando di concorso consentiva la partecipazione ai “*titolari di farmacia rurale sussidiata*”.

Alla luce di tali fatti, quindi si provvedeva ad impugnare (con il ricorso principale) il Decreto Dirigenziale n. 92 del 03/03/2023 e gli atti di avvio dell’interpello. Non si richiedeva la sospensiva in quanto tale decreto era già stato sospeso con **decreto del Presidente della Sez. III del Consiglio di Stato n. 997/23** (doc.15) unitamente alla sentenza del TAR Campania n. 1341/23 (doc.16).

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 6016/2023, pubblicata in data 19.06.2023, ha respinto l’appello avverso la sentenza del Tar Campania n. 01341/2023 che, quindi, è stata confermata, ma non senza le dovute **precisazioni**. Dalla lettura della sentenza, infatti, si evince che è ritenuta sussistente l’incompatibilità ai sensi dell’art. 12, co. 4, L. n. 475/1968, non solo per il farmacista individuale che abbia ceduto la titolarità della farmacia nei dieci anni, ma anche per i soci di società (anche se di società di

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

persone poi trasformata in società di capitali) titolare di farmacia **vinta con il concorso straordinario in altra regione**. Il Consiglio di Stato, in definitiva, è giunto alla decisione che impedisce in via definitiva a coloro che hanno già ottenuto una sede farmaceutica con il concorso straordinario, di poterne conseguire un'altra attraverso (presunti) espedienti come quello della trasformazione societaria e la cessione di quote. La regione Campania, invece, come su descritto, aveva applicato l'incompatibilità e provveduto ad escludere anche farmacisti che avevano ceduto quote societarie di società titolare di farmacia acquistata (e non vinta con concorso straordinario). In sostanza ciò che solitamente è ritenuta una incompatibilità (il possesso di quote societarie) ai fini dell'accettazione della sede, facilmente rimovibile con la cessione delle quote prima dell'accettazione stessa, è divenuto addirittura un requisito di partecipazione al concorso.

La Regione Campania, con le determine dirigenziali in questa sede impugnate, ha confermato quanto disposto con il D.D. n. 92 del 3/3/2023 senza tenere conto di quanto precisato dal Consiglio di Stato e senza rettificare lo stesso provvedimento, ed ha riaperto i termini del primo interpello rappresentando espressamente che trattasi di *primo interpello per le prime posizioni risultanti dalla esclusione delle candidature incorse nella preclusione di cui sopra, e, precisamente, dalla posizione n. 1 alla posizione n. 17*". Quindi l'avvio dell'interpello, in verità, non solo finisce per cristallizzare quali sono i primi 17 destinatari delle sedi posti in graduatoria, ma finisce per cristallizzare in maniera definitiva anche quelli che sono esclusi dalla graduatoria stessa, come la ricorrente, senza tenere conto della decisione definitiva del Consiglio di Stato su una questione fondamentale ai fini dell'interpello stesso.

Il presente ricorso per motivi aggiunti, quindi, si rende necessario, anche in via cautelativa, al fine di rappresentare l'illegittimità per vizi derivati degli atti ulteriori emanati dalla Regione.

Quanto alla richiesta di sospensione cautelare, invece, oltre all'evidente danno derivante alla ricorrente dall'esclusione sulla base di motivazioni del tutto illegittime ed arbitrarie (come confermato anche dai motivi della decisione del Consiglio di Stato medio tempore intervenuta), occorre rammentare che la Regione Campania ha avviato la procedura di interpello in palese violazione di legge, come evidenziato nel ricorso

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

principale; infatti l'interpello non poteva essere avviato tramite l'invio di pec, ma (come previsto all'art. 5 e 10 del bando di concorso regionale) mediante l'utilizzo della **Piattaforma informatica del Ministero della Salute** istituita ai sensi dell'art. 23 c. septiesdecies del d.l. 95/12.

Si rappresenta anche che avverso i medesimi atti risultano pendenti altri ricorsi, tra cui, per quel che è dato conoscere, quello rubricato con n.r.g. 2159/2023 con C.C. fissata al 25.7.23. Si ritiene opportuno fornire tali dati per disporre una eventuale trattazione congiunta dei ricorsi pendenti.

DIRITTO

1) SULLA DETERMINA DIRIGENZIALE 354 DEL 21.6.23 E 360 DEL 23.6.23 - ILLEGITTIMITA' DERIVATA.

Stante l'inequivoco rapporto di presupposizione, sul D.D. n. 354 del 21/6/2023 e sul D.D. 360 del 23.6.23 si riverberano, anche a titolo di illegittimità derivata, i medesimi vizi denunziati con i motivi di gravame riportati nel ricorso introduttivo relativamente all'atto presupposto (il D.D. n. 92 del 3/3/2023), che qui di seguito integralmente si trascrivono:

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 si è potuto notare dalla descrizione in fatto, la Regione Campania ha più volte provveduto alla modifica della graduatoria, sia per correggere errori materiali, sia per errori o modifiche sostanziali. Eppure, successivamente alla pubblicazione della sentenza del TAR Campania n. 1341/23, la Regione, dichiarando di ottemperare alla sentenza stessa, ha provveduto (con un unico atto - il Decreto Dirigenziale n. 92 del 03/03/2023) ad escludere alcuni concorrenti dalla graduatoria, senza inviare a questi ultimi una nota di preavviso, e contestualmente a dare immediato avvio all'interpello con l'avviso pubblicato sul sito istituzionale della Regione in data 7.3.23.

La Regione ha omesso di pubblicare una nuova graduatoria definitiva, senza garantire, quindi, le forme di tutela minime (derivanti dalla piena conoscenza degli effetti del provvedimento amministrativo) a tutti i concorrenti, ma in particolare a quelli che la Regione ha ritenuto, in base a successive verifiche e accertamenti (e quindi a una nuova

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

istruttoria), di dover escludere. Tutto ciò è di evidente gravità ove si pensi che il TAR Campania aveva disposto ordinanza istruttoria in corso di giudizio a cui la Regione non ha ottemperato, e poi, in ottemperanza della sentenza, la Regione non si è limitata ad effettuare i controlli relativamente ai soli chiamati in giudizio, ma li ha estesi ai primi 280 collocati in graduatoria, rinviando alla Commissione l'istruttoria ed i controlli sulla restante parte della graduatoria stessa.

In questo modo, la Regione non solo ha agito in palese violazione degli obblighi di pubblicità e trasparenza stabiliti dall'art. 19 del d.lgs 33/13 (per i quali il comma 163 della legge 160/19 prevede anche un regime sanzionatorio a carico dei dirigenti inadempienti), ma ha leso le garanzie partecipative dei concorrenti esclusi (in violazione della legge sul procedimento) ed è stato gravemente pregiudicato ogni diritto di difesa, dal momento che questi non hanno avuto modo di eccepire alcunché alla graduatoria definitiva conseguente all'applicazione dei criteri stabiliti dal TAR (comunque non definitiva), e si sono ritrovati a dover far valere le proprie osservazioni (o impugnazioni) direttamente sugli atti di indizione dell'interpello a cui si è dato seguito, per altro a distanza di pochissimi giorni, che ha reso ancor più gravoso l'esercizio del diritto di difesa.

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.

La Regione Campania nel Decreto Dirigenziale n. 92 del 03/03/2023 dichiara di ottemperare alla sentenza del TAR Napoli n. 1341/23 e pertanto si rende necessario qualche chiarimento sulla sentenza stessa, i cui effetti, comunque non possono considerarsi definitivi, essendo pendente l'appello avanti al Consiglio di Stato.

Innanzitutto, nella sentenza, il G.A. è costretto a prendere atto dell'enorme confusione ingenerata successivamente all'indizione del Concorso Straordinario a causa della **mancata modifica della normativa concorsuale a seguito della riforma del 2017** (l. 124/2017; norma che, come risaputo ha comportato una liberalizzazione del settore ed introdotto la possibilità anche per le società di capitali di divenire titolari di farmacia), **così che le Regioni hanno agito in maniera differenziata**, poichè in assenza di un intervento legislativo, è lasciata **ampia discrezionalità** ai singoli enti regionali (ved. Pag. 10 della sentenza punti f, g e h).

Ebbene, in corso di giudizio, la Regione Campania ha dichiarato con memoria che (**doc.16**): "l'Amministrazione regionale ha correttamente ritenuto che non può precludersi agli odierni controinteressati (**nonché a tutti i candidati che hanno effettuato una cessione di quota di partecipazione di società titolare di sede**

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

farmaceutica) la partecipazione all'interpello del concorso straordinario per l'assegnazione di sedi farmaceutiche sul territorio della Regione Campania.

Una decisione, quella della Regione, del tutto ragionevole anche alla luce della sentenza del Consiglio di Stato 2763/2022 in base alla quale "sarebbe irragionevole pretendere (non già il possesso dei requisiti, ma) la continuità del possesso per un periodo indefinito, durante il quale non c'è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione e, per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti dell'amministrazione". Un principio, quello dettato dal G.A., ancor più valido nel caso di specie ove si pensi che il concorso campano ha avuto inizio nel 2013 e non si è ancora concluso.

Quindi, nonostante la Regione avesse deciso, in mancanza di un adeguamento normativo, di non escludere chi aveva ceduto quote societarie, l'effetto della decisione del TAR è che la Regione avrebbe illegittimamente esercitato il proprio potere discrezionale (che però non appariva né erroneo, né manifestamente illogico o irragionevole).

Con riferimento all'incompatibilità ex art. 12 della Legge n. 475/1968, il TAR Campania, pur ripercorrendo (in maniera corretta) l'exkursus normativo (dal punto V.2 al punto V.2.3.) evidenziando come si sia passati da una gestione individuale della farmacia ad una gestione societaria (quale conseguenza della liberalizzazione avvenuta con l. 124/2017), aggiunge che, per ragioni di ragionevolezza e non contraddizione del sistema, l'applicazione della normativa previgente, per quanto concerne le cause ostative, non possa avvenire sic et simpliciter, dovendosene vagliare la compatibilità, specie alla luce dei nuovi assetti societari. Si vedrà in prosieguo come in verità il TAR non finisce affatto per tenere conto dei nuovi assetti societari, ma per confermare, nonostante questi, gli effetti derivanti dalla vecchia disciplina riferita al farmacista individuale.

Il TAR, in maniera altrettanto corretta, al punto V.2.4, afferma che oggi che la titolarità di una sede farmaceutica può essere assegnata anche ad una persona giuridica si registra, pertanto, un disallineamento tra le fattispecie di **titolarità di sedi farmaceutiche con le fattispecie delle incompatibilità dei soci farmacisti (e relativa preclusione decennale a seguito di trasferimento di titolarità di farmacia)**; e che la legge 124/2017 (c.d. DDL Concorrenza) ha completamente cambiato lo scenario, introducendo la possibilità che titolare di farmacia sia anche una società per azioni; ha correttamente richiamato l'indirizzo della Corte Costituzionale di cui alla sentenza n. 11/2020 che ha ritenuto il regime di incompatibilità (in particolare quella di cui all'art. 8, comma 1, lett. c della l. 362/91, ma con motivazioni di ampia portata) non più rispondente, a seguito dell'avvenuta liberalizzazione.

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**

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

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.

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

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;*

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

- 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*

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

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.

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 incapacienza 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*

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

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

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

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.

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 EX ART. 55 CPA

Il fumus è nei motivi di gravame articolati nel ricorso introduttivo e nel presente atto per motivi aggiunti.

Quanto al periculum in mora, è di immediata evidenza che nel caso in cui la procedura di interpello avviata con il D.D. n. 354/2023 giungesse a conclusione si produrrebbe in capo alla ricorrente la perdita definitiva della possibilità di conseguire il bene della vita

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

perseguito con il ricorso introduttivo, dal momento che si cristallizzerebbe la definitiva esclusione dalla graduatoria anche perchè l'atteggiamento della Regione è chiaro nel voler proseguire ad ogni costo, senza tenere conto delle specifiche posizioni dei concorrenti (ma generalizzando) e senza tenere conto di quanto profusamente chiarito dal Consiglio di Stato che, condivisibile o meno, non può essere ignorato.

Si ribadisce poi, a dimostrazione della gravità del prosieguo dell'interpello, che quello che sarebbe 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 ed espone a pretese risarcitorie. L'interpello inoltre deve essere sospeso anche per il fatto di essere stato avviato in modo non conforme alle prescrizioni del bando di concorso, nonché per il fatto che la Regione ha escluso concorrenti come la ricorrente che nulla avevano a che vedere con la titolarità di altra sede vinta al medesimo concorso in altra regione; ma anche ad applicare i criteri che essa stessa si è data dopo la sentenza del TAR Campania n. 1341/23 non ha escluso (come denunciato nel ricorso rg 2159/23) dei concorrenti che invece risultano incorrere nell'incompatibilità (quelli della posizione 1, 4 , 9, 12, 14, 15 e 17). La prosecuzione dell'interpello, quindi, cristallizzerebbe anche le assegnazioni a detti farmacisti posti nei primi 17 posti della graduatoria, con effetti irreversibili sul resto della graduatoria stessa

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

e quindi anche della odierna ricorrente laddove successivamente si dovesse riconoscere l'errore in cui è incorsa la Regione.

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. **Valuti il collegio, ove non ritenga di sospendere l'interpello, se disporre altra e più idonea misura cautelare, come ad esempio il re-inserimento della ricorrente in graduatoria "con riserva".**

Si evidenzia che in fattispecie identica la necessità di attendere l'esito definitivo del giudizio prima della assegnazione definitiva delle sedi è già stata riconosciuta da parte del Consiglio di Stato con la ordinanza della III Sezione n.1295/2023.

Tutto ciò premesso e considerato, piaccia a Codesto Ecc.mo Tribunale adito, previa disposizione dell'integrazione del contraddittorio ove necessario, a tutti i controinteressati, così disporre:

CONCLUSIONI

Accogliersi il ricorso e i presenti motivi aggiunti, previa sospensione dei provvedimenti impugnati e/o previa concessione di ogni e più opportuna misura cautelare, 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 contiene l'impugnazione di ulteriori atti rispetto al ricorso introduttivo, sulla base di medesimi motivi, e tenuto conto della unicità del rapporto controverso e la sostanziale sovrapponibilità delle censure.

Si depositano i documenti indicati nel foliaro.

Roma 5.7.23

Avv. Romina Raponi