

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CAMPANIA

Napoli

Sez. III – R.G.N. 2584/2022

Motivi aggiunti

nell'interesse della **dott.ssa Giuseppina Berardino** (C.F.: BRR GPP 50E59 E891Z), nata a Manocalzati (AV) il 19 maggio 1950 e residente in Atripalda (AV) alla via Michele Capozzi, n. 3, e del **dott. Vittorio Limongelli** (C.F.: LMN VTR 81A22 A509U), nato ad Avellino il 22 gennaio 1981 e residente in Atripalda (AV) alla via Michele Capozzi, n. 3, rappresentati e difesi, sia unitamente che disgiuntamente, dagli avv.ti prof. Fabio Cintioli (C.F.: CNT FBA 62M23 F158G – pec: fabiocintioli@ordineavvocatiroma.org), Giuseppe Lo Pinto (C.F.: LPN GPP 78D03 G273X – pec: giuseppelopinto@ordineavvocatiroma.org) e Paolo Giugliano (C.F.: GGL PLA 84A15 G813L – pec: paolo.giugliano@ordineavvocatiroma.org) ed elettivamente domiciliati presso il domicilio digitale di cui all'indirizzo pec fabiocintioli@ordineavvocatiroma.org, giuste procure speciali agli atti del giudizio (ai sensi dell'art. 136 del d.lgs. 104/2010 si dichiara di voler ricevere tutte le comunicazioni relative al processo al numero di fax 06.68892383 e/o alle caselle di posta elettronica certificata indicate);

contro

- **Regione Campania** (C.F.: 80011990639), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con l'avv. Rosaria Saturno;
- **Regione Campania, Direzione Generale per la Tutela della Salute e il Coordinamento del Sistema Sanitario Regionale, U.O.D. Politica del Farmaco e Dispositivi** (C.F.: 80011990639), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituitasi in giudizio;

e nei confronti

- della **dott.ssa Rosa Di Lauro**, residente in Roma, in via Pompeo Trogo, n. 42, in proprio e quale referente dell'associazione con cui ha partecipato al concorso straordinario, con l'avv. Romina Raponi;
- della **dott.ssa Maria Sorgente**, residente in Frattamaggiore (NA), in via Amendola, n. 21, in proprio e quale referente dell'associazione con cui ha partecipato al concorso straordinario, con l'avv. Romina Raponi;

- del **dott. Fausto Corvino**, residente in San Cipriano d'Aversa (CE), in via Luigi Caterino, n. 83, in proprio e quale referente dell'associazione con cui ha partecipato al concorso straordinario, con l'avv. Romina Raponi;
- del **dott. Aldo Frasso**, residente in Salerno, Largo Plebiscito, n. 2, in proprio e quale referente dell'associazione con cui ha partecipato al concorso straordinario, con l'avv. Romina Raponi;
- del **dott. Luigi Martini**, residente in Napoli, via Belvedere, n. 222, in proprio e quale referente dell'associazione con cui ha partecipato al concorso straordinario, non costituitosi in giudizio;
- del **dott. Enrico Pelosi**, residente in Frigento (AV), in via Speranzella, n. 79, in proprio e quale referente dell'associazione con cui ha partecipato al concorso straordinario, non costituitosi in giudizio;
- del **dott. Pietro Buldo**, residente in Lagonegro (PZ), alla via Sant'Antuono, n. 111 - Interno: 2, in proprio e quale referente dell'associazione con cui ha partecipato al concorso straordinario, non costituitosi in giudizio;
- il **dott. Umberto Frasci**, residente in Portogruaro (VE), in via Giacomo Puccini, n. 38, non costituitosi in giudizio;
- il **dott. Fausto Corvino**, residente in San Cipriano D'Aversa, alla via Luigi Caterino, n. 83, con l'avv. Romina Raponi;
- il **dott. Mario Cavallotti**, residente in Aversa (CE) al viale Olimpico, n. 120, con l'avv. Romina Raponi;
- la **dott.ssa Maria Beatrice Cavallotti**, residente in Aversa (CE) al viale Olimpico, n. 14/B, con l'avv. Romina Raponi;
- la **dott.ssa Emilia Pellino**, residente in Cardito (NA), in Via Salvador Rosa, n. 13, con l'avv. Romina Raponi;
- la **dott.ssa Maria Vittoria Di Lauro**, residente in Roma, Via Decio Filipponi, n. 14, con l'avv. Romina Raponi;
- il **dott. Manuel De Vita**, residente in Meta, in Via Municipio, n. 20, con l'avv. Romina Raponi;

dandone comunicazione a

- la **dott.ssa Rossella Forte**, con gli avv.ti Antonia De Lisio e Rosangela De Feo;
- la **dott.ssa Antonella Peduto**, con gli avv.ti Antonia De Lisio e Rosangela De Feo;

per l'annullamento,

- del Decreto Dirigenziale n. 196 del 19 maggio 2022, pubblicato sul sito internet della Regione dedicato al concorso straordinario il 20 maggio 2022, della D.G. Tutela della

- Salute e Coordinamento del Sistema Sanitario Regionale, con cui sono state precisate le modalità di assegnazione delle sedi farmaceutiche (**doc. 31**);
- della nota prot. 0289972 del 1° giugno 2022, depositata in giudizio in pari data, della D.G. Tutela della Salute e il Coordinamento del Sistema Sanitario Regionale, U.O.D. Politica del Farmaco e Dispositivi (**doc. 32**);
 - della nota prot. 0341526 del 1 luglio 2022, depositata in giudizio il 5 luglio 2022, della D.G. Tutela della Salute (**doc. 33**);
 - di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale ancorché non conosciuto ove lesivo;

nell'ambito del ricorso in epigrafe già proposto

“per l’annullamento,

previa adozione di idonea misura cautelare, anche monocratica ai sensi

dell’art. 56 c.p.a.,

- *del Decreto Dirigenziale della Regione Campania n. 78 del 10 marzo 2022 (**doc. 1**), pubblicato sul B.U.R. Campania n. 31 del 21 marzo 2022, con il quale è stata approvata la graduatoria definitiva relativa 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, co. 3, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni in L. 24 marzo 2012, n. 27, e s.m.i.;*
- *di ogni altro atto presupposto connesso e consequenziale, nessuno escluso, tra cui (i) il Bando di concorso n. 29 del 23 maggio 2013, approvato con Decreto Dirigenziale AGC Assistenza Sanitaria Settore Farmaceutico (**doc. 2**), e, segnatamente, gli artt. 10, 11 e 12; (ii) la nota prot. 2022.0252676 del 13 maggio 2022 con cui la Regione Campania ha comunicato ai concorrenti l’imminente avvio della procedura di interpello (**doc. 3**);*
- *nonchè, per quanto occorrer possa, (iii) il Decreto Dirigenziale della DG Tutela della Salute n. 14 del 18 febbraio 2019, pubblicato sul B.U.R. Campania n. 9 del 18 febbraio 2019 (**doc. 4**); (iv) il Decreto Dirigenziale DG Tutela della Salute UOD Politica del Farmaco e Dispositivi n. 271 del 14 giugno 2019, pubblicato sul B.U.R. Campania n. 34 del 17 giugno 2019 (**doc. 5**); (v) il Decreto Dirigenziale della Direzione Generale per la Tutela della Salute e il Coordinamento del Sistema Sanitario Regionale UOD Politica del Farmaco e Dispositivi n. 363 del 30 dicembre 2016, pubblicato sul BURC n. 1 del 2 gennaio 2017 (**doc. 6**); (vi) il Decreto Dirigenziale DG Tutela della Salute-UOD Politica del Farmaco e Dispositivi n. 553 del 19 dicembre 2019 (**doc. 7**); (vii) il Decreto Dirigenziale DG Tutela della Salute UOD Politica del Farmaco n. 149 del 22 marzo 2021 (**doc. 8**); (viii) il Decreto Dirigenziale n. 18 del 24 gennaio 2020 (**doc. 9**)”.*

FATTO

I. Con il ricorso introduttivo, la dott.ssa Berardino e il dott. Limongelli hanno impugnato il Decreto Dirigenziale della Regione Campania n. 78 del 10 marzo 2022, pubblicato sul B.U.R. Campania n. 31 del 21 marzo 2022 (doc. 1), con il quale è stata approvata la graduatoria definitiva relativa 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, co. 3, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni in L. 24 marzo 2012, n. 27, e s.m.i..

Le circostanze di fatto alla base dell'azione proposta dai ricorrenti sono state puntualmente esposte ai punti 1-8 della parte in "*Fatto*" del ricorso introduttivo che, per comodità del Collegio, si riportano testualmente (con diverso carattere grafico al fine di consentirne l'individuazione):

"1. La dott.ssa Giuseppina Berardino ed il dott. Vittorio Limongelli, odierni ricorrenti, hanno partecipato, in forma associata, al concorso pubblico regionale straordinario per titoli, per l'assegnazione di 209 sedi farmaceutiche, indetto dalla Regione Campania con bando n. 29 del 23 maggio 2013 (doc. 2, di seguito il "**Bando**").

Prima di esporre i fatti che hanno costretto gli odierni ricorrenti ad adire Codesto TAR, è necessario chiarire preliminarmente il funzionamento del meccanismo che regola il concorso straordinario per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche.

2. Innanzitutto, è bene tenere presente che il concorso si prefigge l'obiettivo di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte del più ampio numero di aspiranti possibile, nonché quello di favorire l'apertura di nuove sedi farmaceutiche.

Proprio per tale ragione e, cioè, al fine di favorire anzitutto l'accesso alla titolarità delle farmacie a nuovi soggetti, l'art. 11, comma 3, del d.l. n. 1 del 2012, ha previsto espressamente che non possano partecipare al concorso straordinario i farmacisti titolari, compresi i soci di società titolari, di farmacia diversa da quelle di cui alle lettere b) e c) e, cioè, di farmacia rurale sussidiata e di farmacia soprannumeraria.

Detto in altri termini, i farmacisti già titolari di sede farmaceutica urbana non possono partecipare al concorso straordinario.

In questa prospettiva, si colloca **la previsione dell'art. 11, comma 5, del d.l. citato, che consente ai farmacisti, che non siano già titolari di altra sede, di partecipare al concorso straordinario per l'assegnazione di farmacia in non più di due Regioni o Province autonome.**

Come evidenziato dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, questa regola è perfettamente in sintonia con la generale previsione dell'art. 112, commi secondo e terzo, del R.D. n. 1265 del 1934, non abrogata né derogata da alcuna disposizione, secondo cui è vietato il cumulo di due o più autorizzazioni in una sola persona fisica, con la conseguenza che chi sia già autorizzato all'esercizio di una farmacia può concorrere all'esercizio di un'altra, ma decade di diritto dalla prima autorizzazione, quando, ottenuta la seconda, non vi rinunci (Cons. Stato, Ad. Plen., 7 gennaio 2020, n. 1).

È quindi chiaro che i farmacisti, ammessi al concorso straordinario in quanto non siano già titolari di altra sede, ben possano concorrere, singolarmente o in forma associata, a due distinte sedi, su base regionale o provinciale, ma devono poi scegliere una tra le due sedi, non potendo ottenerle cumulativamente (c.d. **principio dell'alternatività**), poiché *“devono dedicare la loro attività personale necessariamente all'una o all'altra, a presidio del servizio farmaceutico erogato sul territorio nazionale e in funzione della salute quale interesse dell'intera collettività (art. 32 Cost.) e non quale bene meramente utilitaristico-individuale, oggetto solo di valutazioni economico-imprenditoriali”* (Cons. Stato, Ad. Plen., 7 gennaio 2020, n. 1).

3. Coerentemente con quanto sino a qui detto, l'art. 12, co. 4, L. n. 475/1968 consente la partecipazione al concorso straordinario **solo** a quei farmacisti che **non abbiano ceduto una sede farmaceutica** nell'arco dei dieci anni precedenti la presentazione della domanda di partecipazione.

Detto più chiaramente, **non possono essere ammessi a partecipare e devono essere esclusi dal concorso quei farmacisti che abbiano ceduto la titolarità e/o le proprie quote di partecipazione, modificando, di conseguenza, la titolarità stessa di una sede farmaceutica**

precedentemente assegnata tramite concorso straordinario in altra regione.

Per quanto d'interesse ai fini del presente ricorso, si rappresenta fin d'ora che quest'ultimo requisito – alla luce di quanto espressamente previsto dal bando (doc. 2, pag. 6, nota n. 4) – deve permanere *“fino al momento dell'assegnazione della sede”* (grassetto aggiunto).

4. Ai fini di quanto si dirà tra un attimo, occorre evidenziare che tale causa di incompatibilità rileva ai fini dell'ammissione al concorso e della stessa ricevibilità della domanda di partecipazione.

Gli artt. 2 (Requisiti per l'ammissione al concorso) 5 (Domanda di partecipazione al concorso) e 6 (Irricevibilità della domanda, cause di non ammissione al concorso) del Bando, conformemente alla normativa di riferimento su cui si tornerà nel prosieguo del ricorso, sono chiarissimi nel prevedere, rispettivamente, che il candidato è tenuto a dichiarare, a pena di inammissibilità della domanda, di non aver ceduto la farmacia negli ultimi 10 anni e che il difetto di tale requisito rende la domanda di partecipazione irricevibile e assolutamente incompatibile all'assegnazione di una sede farmaceutica ad esito del concorso straordinario.

5. Il divieto di cessione di titolarità di sede farmaceutica è un principio cardine ai fini del corretto svolgimento del concorso, tanto che la stessa Regione Campania, con nota prot. n. 2021.0643835, del 23 dicembre 2021 (**doc. 10**), prima di approvare la graduatoria definitiva di concorso, ha invitato i concorrenti a comunicare l'eventuale presenza di tale condizione di incompatibilità assoluta.

Nello specifico, per quanto di interesse ai nostri fini, nella nota è stato espressamente ricordato ai candidati che, in caso di **incompatibilità per trasferimento di titolarità di sede farmaceutica**, *“saranno escluse le candidature, sia singole che associate, in cui anche solo uno dei candidati (i) abbia trasferito la titolarità della propria sede farmaceutica nei dieci anni precedenti alla presentazione della domanda di partecipazione al concorso; (ii) abbia trasferito la titolarità della propria sede farmaceutica nell'arco temporale intercorrente tra la domanda di partecipazione ad oggi”* (grassetto e sottolineatura aggiunti).

Ciò posto, in sintesi, si può affermare che il meccanismo del concorso straordinario è molto chiaro nel suo funzionamento e prevede che, pur potendo i candidati partecipare contemporaneamente a due (e non oltre) concorsi regionali e/o provinciali, gli stessi, qualora risultino vincitori in entrambi i concorsi, debbano poi scegliere solo una sede farmaceutica e che questa non possa essere ceduta, a pena di esclusione da altri futuri concorsi straordinari.

6. Nonostante la chiarezza di tale meccanismo, dalla graduatoria definitiva, approvata con Decreto Dirigenziale n. 78 del 10 marzo 2022 e pubblicata in data 21 marzo 2022 (doc. 1), la dott.ssa Berardino e il dott. Limongelli hanno appreso che ben otto concorrenti, che precedono i ricorrenti in graduatoria, versano in una situazione di incompatibilità che avrebbe dovuto condurre i medesimi all'esclusione dalla procedura.

Si fa riferimento, in particolare a:

- (i) la **dott.ssa Rosa Di Lauro**, collocata al n. 1 della graduatoria;
- (ii) la **dott.ssa Maria Sorgente**, collocata al n. 2 della graduatoria;
- (iii) il **dott. Fausto Corvino**, collocato al n. 7 della graduatoria;
- (iv) il **dott. Aldo Frasso**, collocato al n. 8 della graduatoria;
- (v) il **dott. Luigi Martini**, collocato al n. 15 della graduatoria;
- (vi) il **dott. Enrico Pelosi**, collocato al n. 18 della graduatoria;
- (vii) il **dott. Pietro Buldo**, collocato al n. 21 della graduatoria; e, infine,
- (viii) il **dott. Umberto Frasci**, collocato al n. 26 della graduatoria.

In sintesi, tutti i concorrenti elencati versano in una situazione di incompatibilità – per le ragioni che saranno più diffusamente illustrate nella parte in Diritto – che impone la loro esclusione dalla procedura di gara.

7. Si rappresenta fin d'ora che gli odierni ricorrenti hanno un evidente interesse all'esclusione dei candidati che precedono in graduatoria, in quanto l'art. 11 del Bando, che disciplina le modalità di assegnazione delle sedi farmaceutiche, prevede espressamente che *“Le sedi messe a concorso sono assegnate con le seguenti modalità: a) ad ogni vincitore è assegnata la prima sede da lui indicata in ordine di preferenza che non risulti assegnata ad un altro candidato meglio collocato in graduatoria [..]”*.

Detto in altri termini, salvo quanto più diffusamente sarà specificato nel prosieguo del ricorso, migliore è la posizione in graduatoria, maggiore sarà la possibilità di ottenere una sede farmaceutica più rispondente agli interessi economici e lavorativi dei ricorrenti.

8. Attualmente, l'associazione composta dalla dott.ssa Berardino e dal dott. Limongelli si è collocata al 27° posto, ottenendo un punteggio pari a 44,75.

È evidente che, qualora fossero state rispettate le regole del concorso e la normativa di riferimento, gli otto candidati aggiudicatari che versano in condizione di incompatibilità avrebbero dovuto essere esclusi dal concorso e/o dalla graduatoria, e gli odierni ricorrenti sarebbero risultati, quantomeno, inseriti al 19° posto, scalando, appunto, ben otto posizioni in graduatoria (salvo, addirittura, ulteriori scorrimenti determinati da accertamenti di incompatibilità da parte della Regione Campania e/o dall'accoglimento di ricorsi analoghi al presente), potendo così ambire a sedi farmaceutiche certamente migliori”.

II. Successivamente alla notifica del ricorso introduttivo, la Regione Campania ha adottato alcuni ulteriori atti relativi al concorso oggetto del presente ricorso.

In particolare:

(i) il 20 maggio 2022 la Regione ha pubblicato sul proprio sito internet il D.D. n. 196 (doc. 31) con cui sono state precisate le modalità di assegnazione delle sedi farmaceutiche messe a concorso, prevedendo, nello specifico, che (i) le condizioni per il conferimento della titolarità e dell'autorizzazione all'apertura devono essere presenti al momento dell'istanza di autorizzazione all'apertura; e che (ii) per l'autorizzazione all'apertura e all'esercizio della farmacia, gli assegnatari dovranno rimuovere le eventuali situazioni di incompatibilità sussistenti nei 180 giorni successivi alla notifica dell'avvenuta assegnazione della sede, o comunque entro l'apertura della farmacia; diversamente, decadranno dall'assegnazione; (ii) la medesima Amministrazione, in esecuzione del decreto monocratico del TAR, ha adottato la nota 1° giugno 2022, prot. 0289972 (doc. 32) con la quale, ha chiarito 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 farmaceutica) la partecipazione all'interpello del concorso straordinario per l'assegnazione di sedi farmaceutiche sul territorio della Regione Campania*”;

(iii) con nota prot. 0341526 del 1° luglio 2022, depositata in giudizio il 5 luglio 2022 (doc. 33) in vista della camera di consiglio del 18 luglio u.s., la Regione ha ulteriormente ribadito quanto già statuito nella nota del 1° giugno u.s

III. Per completezza, si osserva che i predetti atti, da un punto di vista formale, non hanno i tratti tipici del provvedimento amministrativo. Ciononostante, con i presenti motivi aggiunti si estende l'impugnazione anche nei loro confronti per l'ipotesi in cui agli stessi dovesse essere riconosciuto un carattere provvedimentale autonomo, o comunque una portata integrativa dei provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio.

I provvedimenti impugnati sono illegittimi e devono essere annullati per i seguenti motivi di

DIRITTO

I. Violazione e/o 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. Eccesso di potere nelle figure sintomatiche del difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia grave e manifesta. Violazione del principio di imparzialità e razionalità.

I.1. Il decreto n. 196/2022 (doc. 31) e le note del 1° giugno (doc. 32) e del 1° luglio (doc. 33) del 2022 della Regione Campania sono illegittimi per gli stessi motivi già dedotti nel ricorso introduttivo del giudizio e dunque per violazione delle norme di legge, nonché delle disposizioni del Bando, che disciplinano la partecipazione dei candidati al concorso stesso.

Con il presente motivo, dunque, si estendono nei confronti di questi atti sopravvenuti le censure già dedotte con il ricorso introduttivo, che per comodità del Collegio vengono riportate di seguito con un diverso carattere grafico e tra virgolette al fine di consentire l'agevole individuazione.

“Al riguardo si ricorda che il concorso straordinario per l'assegnazione di sedi farmaceutiche trova disciplina sia nel d.l. n. 1/2012 sia nella l. n. 475 del 1968, per quanto non espressamente derogata dal primo. In particolare, ai fini del presente ricorso, si osserva che l'articolo 12 della Legge n. 475/1968, che non è stato modificato dal d.l. n. 1/2012 prevede espressamente che “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".

Ciò significa che, ad oggi, l'ordinamento vieta espressamente la partecipazione al concorso straordinario per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche a coloro che abbiano ceduto la titolarità di una sede nell'arco dei dieci anni precedenti alla presentazione della domanda di partecipazione. Si tratta, dunque, di circostanza che determina un'incompatibilità assoluta all'assegnazione della sede farmaceutica ad esito del concorso straordinario e che dunque, una volta che si sia verificata, non può essere rimossa e/o sanata.

Come ben spiegato dai Giudici amministrativi, infatti, tale norma mira a bilanciare, da un lato, l'interesse privato del titolare dell'esercizio farmaceutico a "monetizzare" la posizione conseguita, senza per questo precludersi successive *chances* di nuova assegnazione, e quello pubblico a preservare la connotazione pubblica del servizio farmaceutico, depurandolo da (o, comunque, conferendo rilievo secondario a) profili di carattere meramente speculativo e "commerciale".

In particolare, al fine di spiegare la *ratio* della disposizione, basti considerare che *"ove la preclusione da essa prevista non operasse, la "disponibilità" degli esercizi farmaceutici, nel senso dell'affidamento della relativa titolarità, dipenderebbe in buona parte dai farmacisti stessi, e sarebbe quindi sottratta alla dinamica concorsuale, potendo quelli decidere di cedere la farmacia (e così individuarne il titolare) e liberamente concorrere per una nuova assegnazione"* (Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2020, n. 229)

I.2 Ebbene, il concorso bandito dalla Regione Campania, per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche di relativa competenza territoriale, si conforma pedissequamente alle disposizioni normative citate.

L'art. 2 del Bando (*Requisiti per l'ammissione al concorso*) prevede espressamente che *"Ai sensi dell'art. 11, comma 3, possono partecipare al concorso straordinario i farmacisti che [...] alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda siano in possesso dei seguenti requisiti [...]"*

6. non aver ceduto la propria farmacia negli ultimi 10 anni". Il Bando si preoccupa, per di più, di precisare che tale ultima condizione "*permane fino al momento dell'assegnazione della sede*" e ciò significa che l'arco temporale di validità del divieto di cessione di sede farmaceutica va dal momento di presentazione della domanda fino al momento dell'assegnazione.

Il Bando prevede, poi, che il mancato possesso delle condizioni di partecipazione di cui trattasi avrebbe determinato l'esclusione dal concorso. In particolare:

- (i) L'art. 5 del Bando (*Domanda di partecipazione al concorso*), nel disciplinare le modalità di trasmissione della domanda di partecipazione e nel dettare i requisiti di ammissibilità della stessa, prevede che "*Il candidato è tenuto a dichiarare, a pena di inammissibilità della domanda [...] di non aver ceduto la farmacia negli ultimi 10 anni*".
- (ii) L'art. 6 del Bando (*Irricevibilità della domanda*), a sua volta, nel precisare i casi di irricevibilità della domanda di partecipazione, prevede espressamente che "*Costituisce motivo di non ammissione al concorso [...] il difetto anche di uno solo dei requisiti di cui all'art. 2 [e] l'omissione di una delle dichiarazioni indicate come obbligatorie ex art 5 del bando*".

È opportuno sottolineare che quanto sin qui rappresentato si estende anche alle partecipazioni in forma associata, in quanto il medesimo articolo 6 dispone che "*In caso di partecipazione in forma associata, le cause di irricevibilità, di inammissibilità relative ad uno degli associati determinano l'esclusione dal concorso di tutti gli altri componenti l'associazione medesima*".

I.3. Alla luce delle predette disposizioni, è dunque evidente che dovevano essere esclusi dal concorso sia i candidati privi *ab origine* dei requisiti di partecipazione, sia i candidati che, nelle more dell'espletamento del concorso, hanno perduto i requisiti di partecipazione.

Ai fini della partecipazione al concorso straordinario, i candidati devono rimanere in possesso dei requisiti dal momento della presentazione della domanda di partecipazione fino all'eventuale momento di

assegnazione della sede farmaceutica, come peraltro espressamente previsto dal Bando.

Al riguardo si può anche richiamare l'orientamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 8 del 20 luglio 2015, che richiama le decisioni n. 10 del 2014, nn. 15 e 20 del 2013; nn. 8 e 27 del 2012; n. 1 del 2010), secondo cui il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di selezione, in quanto, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col principio del *favor participationis*, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente, dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica.

I.4. Il quadro normativo sin qui descritto è ben noto e chiaro alla Regione Campania, tanto è vero che la Regione stessa, con nota del 23 dicembre 2021 (doc. 10), ha chiesto ai concorrenti di dichiarare se gli stessi avessero perso uno dei requisiti di partecipazione e si trovassero, al tempo della comunicazione della nota, in una condizione di incompatibilità assoluta all'assegnazione di sede farmaceutica.

Nello specifico, la Regione ha ricordato che, ai sensi dell'articolo 12, co. 4, della Legge 2 aprile 1968, n. 475, richiamato a sua volta dall'articolo 2 del Bando, sarebbero state **escluse** le candidature, sia singole che associate, in cui anche solo uno dei candidati (i) abbia trasferito la titolarità della propria sede farmaceutica nei dieci anni precedenti alla presentazione della domanda di partecipazione al concorso; e (ii) abbia trasferito la titolarità della propria sede farmaceutica nell'arco temporale intercorrente tra la domanda di partecipazione fino ad oggi.

Con la medesima nota, **la Regione ha dunque invitato i candidati a comunicare entro il termine di dieci giorni dalla ricezione della stessa l'eventuale presenza di condizioni di incompatibilità e/o rinuncia alla partecipazione al concorso**, riservandosi espressamente ogni iniziativa in merito a dichiarazioni false o mendaci, nonché di adire la competente autorità giudiziaria.

La Regione, pertanto, prima di approvare la graduatoria definitiva del concorso, ha espressamente valutato la permanenza in capo ai partecipanti del requisito fissato dal Bando e la cui assenza determina una incompatibilità assoluta all'assegnazione della sede farmaceutica.

I.5. Senonché, sorprendentemente, la Regione - violando l'autovincolo che si era data con il Bando di concorso e che aveva ribadito nella nota del 13 maggio 2022 (doc. 3) - **non ha escluso i candidati che avevano perduto tale requisito nel corso della procedura.**

Gli odierni ricorrenti, infatti, hanno riscontrato che **ben otto dei candidati che li precedono in graduatoria** sono privi del requisito di partecipazione e comunque versano in una situazione di assoluta incompatibilità all'assegnazione di una sede farmaceutica.

I.6. Si tratta di candidati che, durante il concorso, hanno ceduto la titolarità oppure quote di titolarità di altra sede farmaceutica assegnata precedentemente tramite concorso straordinario in altra regione e che dunque devono essere esclusi dal concorso straordinario della Regione Campania.

Nel dettaglio si fa riferimento a:

(i) la **dott.ssa Rosa Di Lauro**, prima classificata, che ha partecipato al concorso in associazione con la dott.ssa Maria Vittoria Di Lauro e il dott. Manuel De Vita, la cui partecipazione alla titolarità della "Farmacia Ro.Ma. S.a.s. di Maria Vittoria di Lauro", sita in Roma, via Conca D'oro, n. 213, 00141, assegnata tramite concorso straordinario della regione Lazio, risulta terminata a seguito di cessione delle proprie quote, al pari del dott. De Vita, la cui cessione delle quote è datata 16 dicembre 2020, tanto che, ad oggi, solo la dott.ssa Maria Vittoria Di Lauro risulta Socia Accomandataria di tale sede (**docc. 11 - 13**);

(ii) la **dott.ssa Maria Sorgente**, collocata in seconda posizione in graduatoria, che ha partecipato al concorso in associazione con le dott.sse Ursula Canciello e Costanza Convertito, la cui partecipazione alla titolarità della "Farmacia Talenti S.r.l.", sita in Roma, via Renato Fucini, nn. 70/72/74, 00137, assegnata tramite concorso straordinario della regione

Lazio, risulta terminata a seguito di cessione delle proprie quote a far data dal 13 luglio 2021, al pari della dott.ssa Convertito Costanza (**docc. 12 - 14**);

(iii) il **dott. Fausto Corvino**, in posizione n. 7 in graduatoria, che ha partecipato al concorso straordinario in associazione con la dott.ssa Maria Beatrice Cavallotti e i dottori Mario Cavallotti e Antonio Corvino, la cui partecipazione alla titolarità della “Farmacia Montesacro S.r.l.” sita in Roma, via Luigi Capuana, n. 121, 00137, assegnata tramite concorso straordinario della regione Lazio, risulta terminata a seguito di cessione delle proprie quote a partire dal 12 ottobre 2020, al pari della dott.ssa e del dott. Cavallotti, tanto che, ad oggi, solo il dott. Corvino Antonio risulta proprietario della medesima farmacia (**docc. 15 - 18**);

(iv) il **dott. Aldo Frasso**, in posizione n. 8 in graduatoria, ha partecipato in associazione con la dott.ssa Emilia Pellino, la cui partecipazione alla titolarità della “Farmacia Toscanelli S.r.l.”, sita in Roma, via delle Zattere, nn. 4, 6, 8 e 10, 00121, assegnata tramite concorso straordinario della regione Lazio, risulta terminata a seguito di cessione delle proprie quote a far data dal 125marzo 2019, al pari della dott.ssa Pellino (**docc. 19 - 20**);

(v) il **dott. Luigi Martini**, in posizione n. 15 in graduatoria, che ha partecipato in associazione con il dott. Marco Russo e il dott. Reffaele Terranova Barberio, la cui partecipazione alla titolarità della “Farmacia Eraclio S.n.c. del Dottor Martini Luigi & C.” sita in Barletta (BA), alla via Paolo Ricci, n. 14h, 76121, assegnata tramite concorso straordinario della regione Puglia, risulta terminata a seguito di cessione delle proprie quote a far data dal 21 dicembre 2020, al pari della dott. Russo, a far data dal 21 dicembre 2020 (**docc. 21 - 23**);

(vi) il **dott. Enrico Pelosi**, collocato al n. 18 della graduatoria, ha partecipato in associazione con il dott. Giuseppe Esposito, la cui partecipazione alla titolarità della “Farmacia Sant’Antonio di Pelosi Enrico S.n.c.”, sita in Orta Nova (FG), Corso Matteotti SNC, assegnata tramite concorso straordinario della regione Puglia, risulta terminata a seguito di cessione delle proprie quote a far data dal 3 maggio 2021, al pari della dott. Esposito (**docc. 24 - 25**).

(vii) il **dott. Buldo Pietro**, in posizione n. 21 in graduatoria, che ha partecipato in associazione con le dott.sse Stefania Dattoli, Teresa Maglione e Simona Pisciotta, la cui partecipazione alla titolarità della “Farmacia San Gerardo S.n.c. della dott.ssa Simona Pisciotta & C’’, assegnata tramite concorso straordinario della regione Basilicata, risulta terminata a seguito di cessione delle proprie quote, al pari della dott.ssa Dattoli, come si evince dalle visure sulla sede farmaceutica, che ad oggi risulta di titolarità delle dott.sse Maglione e Pisciotta (**docc. 26 - 27**);

(viii) il **dott. Frasci Umberto**, collocato al n. 26 della graduatoria, risulta aver ceduto la titolarità della sede farmaceutica “Farmacia San benedetto Dr. Umberto Frasci”, in via Bell’Italia, n. 47/B, Peschiera del Garda (VR), 37019, assegnata tramite concorso straordinario della regione Veneto, a far data dal 7 ottobre 2020 (**doc. 28**).

I.8. Alla luce di quanto precede, è evidente che i predetti candidati non potevano essere inseriti nella graduatoria definitiva del concorso e dovevano essere esclusi a valle delle verifiche effettuate sulla base della comunicazione del 23 dicembre 2021.

Come se ciò non bastasse, deve essere evidenziato che gli odierni ricorrenti, con pec inviata alla Regione Campania in data 23 marzo 2022 (**doc. 29**), avevano già segnalato - peraltro senza ricevere riscontro - la presenza di candidati incompatibili all’inserimento in graduatoria ed all’assegnazione di sede farmaceutica, così come deve essere ricordato la recente segnalazione dell’Ordine dei Farmacisti di Caserta del 4 maggio u.s. (**doc. 30**), che pure ha invitato la Regione a svolgere gli opportuni controlli al fine di scongiurare la violazione dell’equa attribuzione delle sedi farmaceutiche.

La Regione, avendo conoscenza delle cessioni intervenute, anche grazie alle molteplici segnalazioni che le sono state recapitate, avrebbe dovuto riscontrare la violazione dell’art. 12, co. 4, L. n. 475/1968, nonché delle corrispondenti previsioni del Bando, e procedere così all’esclusione dei candidati.

I.9. Ma vi è di più.

Qualora i candidati al concorso non abbiano reso le dichiarazioni richieste dalla Regione o abbiano reso delle dichiarazioni false, allora scatterebbe comunque l'obbligo per l'Amministrazione di escludere tali candidati dal concorso.

Come noto, infatti, rendere una dichiarazione falsa è causa di immediata esclusione da una procedura pubblica e il potere esercitato dall'Amministrazione in casi del genere trova il proprio fondamento normativo nell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 in forza del quale, ove emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, *“il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera”* e, per principio ormai consolidato, *“al di là della sua qualificazione (sanzionatorio o di autotutela doverosa), si tratta di un potere vincolato all'accertamento della falsità della dichiarazione e che non richiede per il suo esercizio il rispetto dei presupposti previsti dall'art. 21-novies per l'autotutela discrezionale (tra le tante, Consiglio di Stato, sezione VI, 31 dicembre 2019, n. 8920)”* (da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 11 aprile 2022, n. 2691).

I.10. La mancata esclusione dei candidati che versano in una situazione di incompatibilità è immediatamente e gravemente lesiva per la dott.ssa Berardino e il dott. Limongelli alla luce del meccanismo di interpello previsto dal Bando.

L'interpello rappresenta la fase conclusiva del procedimento, a seguito della quale la Regione procederà ad assegnare le sedi prescelte dai vincitori e, nello specifico, la procedura prevede che la Regione Campania inviti i candidati ad indicare un numero di sedi messe a concorso pari al numero della propria posizione in graduatoria in ordine di preferenza (art. 10 del Bando, doc. 2).

Dopodiché, le sedi messe a concorso saranno assegnate ad ogni vincitore, garantendo la prima sede indicata in ordine di preferenza, che non risulti assegnata ad un altro candidato meglio collocato in graduatoria, ed entro quindici giorni dall'assegnazione il vincitore del concorso dovrà dichiarare se accetta o meno la sede assegnata.

Ciò posto, appare del tutto evidente la lesione che i ricorrenti subiscono a causa del provvedimento impugnato: gli otto candidati che precedono i ricorrenti, pur dovendo essere esclusi, possono comunque partecipare all'interpello e quindi opzionare delle sedi farmaceutiche – che pure avrebbero potuto essere scelte da altri candidati - rendendole definitivamente indisponibili ai ricorrenti. Si tratta di sedi che, in caso di mancata assegnazione, saranno assegnate non già al concorrente che segue in graduatoria ma, attraverso scorrimento della graduatoria, ai concorrenti attualmente posizionati in posizione non utile della graduatoria stessa.

Sicché, per come è stato disciplinato il meccanismo dell'interpello, una volta che una determinata sede farmaceutica sia stata assegnata ad un candidato, e il concorrente collocatosi in posizione successiva in graduatoria abbia già effettuato la propria scelta su altra sede - scelta che, è bene ricordarlo, è imposta dal Bando a pena di esclusione - è preclusa qualsivoglia possibilità di ottenere la sede opzionata da chi precede in graduatoria, anche qualora la medesima sede non dovesse essere assegnata.

Appare, quindi, del tutto evidente il definitivo pregiudizio rispetto all'assegnazione di una sede farmaceutica su basi del tutto meritocratiche, come invece dovrebbe risultare da una graduatoria priva di concorrenti che si trovano nell'impossibilità di essere assegnatari di una sede.

Pertanto, alla luce di tutto quanto sino a qui esposto, il provvedimento di adozione della graduatoria definitiva è illegittimo e merita di essere annullato”.

II. Violazione e/o 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. Eccesso di potere nelle figure sintomatiche del difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia grave e manifesta. Violazione del principio di imparzialità e razionalità.

II.1. Con le note del 1° giugno 2022 e del 1° luglio 2022, la Regione Campania ha reso note le motivazioni in base alle quali ha deciso di non escludere i controinteressati dal concorso straordinario (ad eccezione del dott. Frasci Umberto).

La Regione, in particolare, ha affermato che dopo che il Legislatore ha introdotto la possibilità anche per le persone giuridiche di essere titolari di una sede farmaceutica, «la normativa di cui alla legge n. 475/1968 [...] non è stata oggetto di successive modifiche [e] pertanto, la sua applicazione non può avvenire sic et simpliciter» (pag. 4 della nota, doc. 32), in quanto «la preclusione decennale di cui al citato art. 12 si riferisce alla fattispecie di trasferimento di titolarità di sede farmaceutica, e cioè nel caso in cui la singola persona fisica in qualità di titolare cede e trasferisce la “titolarità” (titolo e azienda) ad un soggetto terzo» (pag. 4 della nota, doc. 32).

L'assunto della Regione è, dunque, il seguente:

- se il farmacista partecipa in forma individuale al concorso, ottiene l'assegnazione della sede farmaceutica e poi la cede (monetizzando il vantaggio ottenuto) incorre nel divieto di cui all'art. 12, comma 4, cit.;
- al contrario, se il farmacista partecipa in forma associata al concorso, ottenendo l'assegnazione della sede farmaceutica e poi cede la quota della società costituita per la gestione della farmacia (monetizzando il vantaggio ottenuto), non incorre nel divieto di cui all'art. 12, comma 4, cit..

II.2. Alla luce della motivazione postuma resa nota dalla Regione, dunque, si deduce l'illegittimità di tutti i provvedimenti impugnati – sia con il ricorso introduttivo che con il presente atto di motivi aggiunti – anche per le ragioni che seguono.

La tesi della Regione, si fonda su una interpretazione dell'art. 12, comma 4, citato, la quale non è conforme né alle disposizioni di legge e del Bando che disciplinano il concorso straordinario della Regione Campania, né con l'interpretazione dell'art. 12, comma 4, che - ormai da tempo - è fornita sistematicamente dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha sempre sottolineato che la titolarità della sede farmaceutica è assegnata ai farmacisti che partecipano al concorso straordinario i quali poi, solo ai fini della successiva gestione, possono avvalersi dello strumento societario.

In tal senso, l'Adunanza Plenaria n. 1/2020 ha chiarito che «**la Regione, all'esito del concorso straordinario, deve assegnare anche formalmente la titolarità della sede vinta solo a quegli stessi farmacisti persone fisiche, che hanno a tale titolo partecipato al concorso, salvo, ovviamente, il diritto/dovere, in capo a questi, di gestire poi l'attività imprenditoriale nelle forme consentite dall'ordinamento** (art. 2249, comma terzo, c.c.) e, comunque e nello specifico, dall'art. 7, comma 1, della l. n. 362 del 1991, novellato dalla l. n. 124 del 2017, come pure questo Consiglio di Stato ha ampiamente chiarito nel più volte citato parere n. 69 del 3 gennaio 2018 (Cons. St., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2569)» (Cons. Stato, Ad. Plen., 17 gennaio 2020, n. 1). Ciò significa, appunto, che la titolarità

spetta alle persone fisiche, mentre la costituzione di una società è funzionale soltanto alla successiva gestione congiunta della sede farmaceutica.

In modo ancor più incisivo, la medesima Adunanza Plenaria ha affermato che «la titolarità della sede, all'esito del concorso straordinario, deve essere assegnata ai farmacisti "associati" personalmente, salvo successivamente autorizzare l'apertura della farmacia e l'esercizio dell'attività in capo al soggetto giuridico (società di persone fisiche o di capitali), espressione degli stessi – e non altri – farmacisti vincitori del concorso e assegnatari della sede, che sarà in grado di garantire la gestione paritetica della farmacia con il vincolo temporale di almeno tre anni (art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012)».

Detto in altri termini, e più semplicemente, la Plenaria ha affermato che i farmacisti che concorrono per la gestione associata ottengono personalmente e *pro indiviso* la titolarità della sede farmaceutica messa a concorso, salvo poi essere autorizzati alla gestione della stessa anche in forma collettiva.

D'altronde, in linea con questa impostazione, la Commissione Speciale del Consiglio di Stato, già nel parere del 3 gennaio 2018, n. 69, aveva già puntualizzato che le società costituite per la gestione di sedi farmaceutiche vinte a concorso straordinario devono garantire la condivisa contitolarità della stessa in capo alle persone fisiche mediante la suddivisione paritetica di quote della società.

Nel parere, infatti, si legge che “seppur non emergano dalla normativa particolari limiti alla scelta del tipo societario, il rispetto del vincolo della gestione paritaria impone che l'organizzazione interna garantisca ai vincitori la piena parità di poteri di gestione e di amministrazione” (enfasi aggiunta, punto 30 del parere n. 69).

In ogni caso, deve essere rimarcato che l'orientamento ormai dominante della giurisprudenza amministrativa afferma che, se lo scopo del legislatore è quello di evitare che il farmacista, che abbia ceduto la propria farmacia, si appropri, attraverso l'assegnazione concorsuale, di un nuovo esercizio farmaceutico, prima che sia trascorso un decennio dalla cessione, di un doppio vantaggio economicamente valutabile, è evidente che «siffatta ratio ricorre anche laddove la cessione sia stata effettuata da una società di persone, anche in quel caso dovendo ritenersi che il socio abbia acquisito i relativi vantaggi: né sussistono ragioni, in quanto attinenti alla peculiarità dei singoli casi, per differenziare la situazione del farmacista individuale, che di quei vantaggi si sia appropriato per intero, da quella della farmacia gestita in forma societaria, in cui i medesimi vantaggi vengono ripartiti tra i soci che compongono l'assetto societario» (enfasi aggiunta, da ultimo, TAR Bologna, sez. II, 3 gennaio 2022, n. 4).

In altre parole, il divieto di cui all'art. 12, comma 4, Legge n. 475/1968, si applica necessariamente anche alle persone giuridiche, oltre che alle persone fisiche.

II.3. Per mero tuziorismo difensivo, si osserva che nel caso di specie è anche errato il richiamo da parte della Regione della pronuncia del Consiglio di Stato, 13 aprile 2022, n. 2763. Secondo la Regione tale pronuncia *«ha statuito che la cessione delle quote di società titolari di sede farmaceutiche non equivale al trasferimento stesso di titolarità della sede farmaceutica; dunque, non può applicarsi la preclusione decennale di cui alla legge n. 475/1968»*; tuttavia, tale sentenza è del tutto inconferente.

Il precedente citato dalla Regione affronta una fattispecie sideralmente distante dal caso che viene in rilievo nel presente giudizio, dal momento che affronta la fattispecie della cessione di una partecipazione meramente finanziaria e minoritaria (non paritaria), acquistata attraverso un investimento di capitale proprio e non ottenuta mediante concorso (nemmeno straordinario), la quale è soggetta ad un diverso regime giuridico in considerazione delle precisazioni svolte dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 11 del 2020 e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 5 del 2022.

La partecipazione meramente finanziaria, del resto, **non permette di concorrere nella gestione della farmacia**, nel senso di influenzarne le scelte aziendali.

In ogni caso, al punto VI della sentenza n. 2763 citata, gli stessi giudici hanno voluto sottolineare che in quella fattispecie *«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. Ne consegue che **l'ipotesi concreta si pone ben lontana da quella che il legislatore del 1968 ha voluto prevenire: ossia evitare che il farmacista, il quale abbia ceduto la propria farmacia, si appropri attraverso l'assegnazione concorsuale di un nuovo esercizio farmaceutico, ottenendo un doppio vantaggio economicamente valutabile**»* (enfasi aggiunta).

Alla luce di tutto quanto sopra, i provvedimenti impugnati, come meglio specificati in epigrafe, sono illegittimi e meritano di essere annullati.

P.Q.M.

si chiede a Codesto TAR di accogliere il ricorso ed i presenti motivi aggiunti e, per l'effetto, annullare i provvedimenti con tali atti impugnati.

Con ogni conseguenza di legge e vittoria di spese.

Si dichiara che verrà versato un contributo unificato pari ad euro 650,00.

Roma – Napoli, 19 luglio 2022

Prof. Avv. Fabio Cintioli

Avv. Giuseppe Lo Pinto

Avv. Paolo Giugliano