



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 2584 del 2022, proposto da

Giuseppina Berardino e Vittorio Limongelli, rappresentati e difesi dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli e Paolo Giugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Campania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosaria Saturno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Rosa Di Lauro, Maria Sorgente, Fausto Corvino, Aldo Frasso, Mario Cavallotti, Antonio Corvino, Maria Beatrice Cavallotti, Emilia Pellino, Maria Vittoria Di Lauro e Manuel De Vita, rappresentati e difesi dall'avvocato Romina Raponi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Luigi Martini, Enrico Pelosi, Pietro Buldo, Umberto Frasci, non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Antonella Peduto e Rossella Forte, rappresentate e difese dagli avvocati Rosangela De Feo e Antonia De Lisio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del D.D. della Regione Campania n. 78 del 10 marzo 2022, 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, 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; nonché, 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; (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; (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; (vi) il Decreto Dirigenziale DG Tutela della Salute-UOD Politica del Farmaco e Dispositivi n. 553 del 19 dicembre

2019); (vii) il Decreto Dirigenziale DG Tutela della Salute UOD Politica del Farmaco n. 149 del 22 marzo 2021; (viii) il Decreto Dirigenziale n. 18 del 24 gennaio 2020;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Campania, di Rosa Di Lauro, Maria Sorgente, Fausto Corvino, Aldo Frasso, Mario Cavallotti, Antonio Corvino, Maria Beatrice Cavallotti, Emilia Pellino, Maria Vittoria Di Lauro e Manuel De Vita;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2022 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che, *prima facie*, il ricorso appare parzialmente suffragato dal requisito del *fumus bonis iuris* valutando il Collegio doversi fare applicazione dei principi recentemente enunciati dalla sentenza del Consiglio di Stato Sez. III del 13/04/2022 n. 2763, secondo il cui orientamento: “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. 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”. “La medesima *ratio* ricorre anche laddove la cessione sia stata effettuata da una società di persone dovendo ritenersi che anche in quel caso 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”;

Stimato, pertanto, che, sulla base di tale principio, occorra distinguere tra l'ipotesi di:

a) società di persone costituite ai sensi dell'originario comma 2, secondo periodo, dell'art. 7 della l. 362/91 per il quale “sono soci della società farmacisti iscritti all'albo della provincia in cui ha sede la società, in possesso del requisito dell'idoneità previsto dall'articolo 12 della legge 2 aprile 1968, n. 475 e successive modificazioni”, vigendo dunque unicamente un regime in base al quale non vi è differenza sostanziale tra il farmacista singolo titolare della farmacia e la società di persone (unica originariamente consentita) titolare di farmacia, perché questa seconda costituisce essenzialmente uno schema di tipo organizzativo, pur rilevante nei rapporti interni ed i quelli con i terzi, sicché anche quando organizzata in forma societaria, l'attività di distribuzione farmaceutica continua a conservare una forte impronta personalistica, riflesso della peculiare natura dell'attività esercitata, la quale rinviene nelle qualità e nei titoli professionali dei soci-farmacisti la garanzia principale del suo corretto svolgimento. Ne consegue che, in tale fattispecie, effettivamente, la costituzione della società è finalizzata alla sola gestione della farmacia e non una società ex art. 7 legge 362/91 in quanto il diritto di esercizio (assegnazione sede) è pro-quota, in capo ai singoli farmacisti che hanno partecipato al concorso. È allora attuale l'unanime orientamento giurisprudenziale per cui debba essere distinta la titolarità della farmacia dalla gestione della stessa nel senso che, 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;

b) le società di capitali, la cui costituzione, anche al fine del conseguimento della

titolarità della farmacia, è stata ammessa con la legge n. 124 del 2017 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza). Con tale normativa, il legislatore, introducendo rilevanti novità proprio in materia di titolarità e gestione delle farmacie private, è intervenuto, modificando il predetto art. 7 della legge n. 362/1991 e prevedendo, nella specie, che possano essere titolari di farmacie private anche le società di capitali, dotate, invero, di uno statuto giuridico differente rispetto alla società di persone in quanto aventi, a differenza delle prime, una propria personalità giuridica ed autonomia patrimoniale. E' questo il caso esaminato dal richiamato pronunciamento del Consiglio di Stato, con il quale si è statuito che, esclusivamente in tale ultima fattispecie, la cessione delle quote di società titolari di sede farmaceutiche non equivale al trasferimento stesso di titolarità della sede farmaceutica. Ed invero, la cessione delle quote sociali non incide, in tale ipotesi, sulla titolarità della farmacia: ciò significa che la fuoriuscita dei soci e l'acquisto delle quote societarie da parte di un nuovo soggetto non comporta correlativamente alcun trasferimento di titolarità della sede farmaceutica, la quale resta sempre in capo alla società assegnataria che ha una propria e distinta personalità giuridica.

Ne consegue allora che non può applicarsi la preclusione decennale di cui alla legge n. 475/1968, invocata dalla parte ricorrente, - secondo la quale "Il farmacista che abbia ceduto la propria farmacia ai sensi del presente articolo o del successivo articolo 18 non può concorrere all'assegnazione di un'altra farmacia se non sono trascorsi almeno dieci anni dall'atto del trasferimento» (art. 12, comma 4) - fattispecie che si attaglia unicamente al caso in cui la singola persona fisica in qualità di titolare cede e trasferisce la "titolarità" (titolo e azienda) ad un soggetto terzo. D'altronde, per disposto di cui al comma 11° del medesimo art. 12, "il trasferimento della titolarità delle farmacie, a tutti gli effetti di legge, non è ritenuto valido se insieme col diritto d'esercizio della farmacia non venga trasferita anche l'azienda commerciale che vi è connessa, pena la decadenza".

Non può dunque precludersi ai controinteressati che hanno effettuato una cessione

di quota di partecipazione di società di capitali, quest'ultima esclusiva titolare di sede farmaceutica, la partecipazione all'interpello del concorso straordinario per l'assegnazione di sedi farmaceutiche sul territorio della Regione Campania;

Ciò posto, valutato che, in concreto, nella fattispecie in esame, l'Amministrazione regionale debba allora procedere a rivalutare tutte le posizioni dei singoli graduati che abbiano partecipato in forma associata, distinguendosi dunque tra:

I) le ipotesi di società di persone (nell'ambito delle quali rientrano, per quanto d'interesse, le società in accomandita semplice s.a.s. e le società in nome collettivo s.n.c., prive di personalità giuridica, distinta dalla persona fisica dei soci, e di autonomia patrimoniale perfetta, ove i soci, invero, solo accomandatario per la prima, rispondono solidalmente e illimitatamente delle obbligazioni sociali, anche con il proprio patrimonio personale), per le quali, prevalendo l'elemento personale *intuitus personae* che non consente una cessione della quota senza anche quella della titolarità vige la stessa *ratio* di cui all'art 12, comma 4, richiamato, con conseguente applicazione della relativa causa di incompatibilità;

II) le società di capitali che, in quanto dotate di personalità giuridica, ove i soci rispondono delle obbligazioni sociali nei limiti delle quote versate con assenza di ogni responsabilità personale anche in via sussidiaria, non incorrono nella causa di incompatibilità personale di cui all'art. 12, comma 4, della l. n. 475/1968, sussistendo, attualmente, a livello legislativo, un disallineamento tra le fattispecie di titolarità di sedi farmaceutiche e quelle di incompatibilità dei farmacisti presi in considerazione solo come persone fisiche, sia pure riunite anche in forma associata (ovvero società di persone);

Valutato sussistente l'ulteriore elemento del *periculum in mora*, insito nella prosecuzione delle procedure concorsuali;

Considerato che parte ricorrente risulta aver notificato il gravame proposto ad alcuni soltanto dei controinteressati e che occorre integrare il contraddittorio nei confronti degli altri soggetti in capo ai quali l'approvazione della graduatoria

impugnata ha consolidato situazioni confliggenti di interesse protetto ed attuale, suscettibili di essere lese dall'eventuale accoglimento del predetto gravame;

Considerato che, in ragione dell'elevato numero dei controinteressati – da individuarsi nei soggetti che, in caso di accoglimento del ricorso, sarebbero incisi nella propria posizione nella graduatoria gravata dalla parte ricorrente – la notifica individuale può assumere i caratteri di particolare difficoltà ai sensi del combinato disposto degli artt. 41 co. 4 e 49 co. 3 c.p.a.;

Ritenuto, pertanto, di autorizzare - alternativamente alla notifica individuale – la notifica per pubblici proclami, secondo le modalità di seguito precisate;

Atteso che l'art. 52 del codice del processo amministrativo prevede che “il presidente può autorizzare la notificazione del ricorso o di provvedimenti anche direttamente dal difensore con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica o fax, ai sensi dell'articolo 151 del codice di procedura civile”;

Ritenuto che la norma sia applicabile anche alle ipotesi in cui vi sia la necessità di integrare il contraddittorio a mezzo di notificazione per pubblici proclami consentendo al giudice adito di ordinare la pubblicazione del ricorso nel testo integrale sul sito internet del ramo di amministrazione interessata al procedimento su cui si controverte (in giurisprudenza, v., tra le altre, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I ter, ordinanza n. 07680/2015 nonché i numerosi precedenti di questa sezione);

Considerato che al fine di rendere effettiva la probabilità di fatto di una reale cognizione del ricorso per i soggetti controinteressati non appare necessaria la pubblicazione, in Gazzetta Ufficiale, dell'intero contenuto del ricorso e delle sue conclusioni;

Ritenuto, pertanto, di determinare le seguenti modalità per l'effettuazione della notifica per pubblici proclami:

- nella parte seconda della Gazzetta Ufficiale andranno inserite, a cura di parte ricorrente, le seguenti indicazioni: (I) l'autorità giudiziaria innanzi alla quale si procede ed il numero di registro generale del procedimento, (II) il nome della parte ricorrente, (III) gli estremi del ricorso, del provvedimento impugnato, (IV)

l'indicazione che lo svolgimento del processo può essere seguito consultando il sito www.giustizia-amministrativa.it attraverso l'inserimento del numero di registro generale del tribunale amministrativo regionale competente, (V) l'indicazione che il testo integrale del ricorso può essere consultato sul sito internet dell'amministrazione competente, unitamente all'indicazione nominativa dei soggetti controinteressati;

- l'Amministrazione regionale avrà obbligo di pubblicare, previa consegna del ricorso e dell'elenco dei controinteressati a cura di parte ricorrente sul supporto (cartaceo o informatico) indicato dall'amministrazione stessa, sul proprio sito il testo integrale del ricorso e dell'elenco nominativo dei controinteressati in calce ai quali dovrà essere inserito l'avviso che la pubblicazione viene effettuata in esecuzione della presente ordinanza della Terza Sezione del TAR Campania individuata con data, numero di ricorso e numero di provvedimento;

- l'Amministrazione non dovrà rimuovere dal proprio sito, sino alla pubblicazione della sentenza definitiva, il ricorso e l'elenco nominativo dei controinteressati integrati dall'avviso nonché le notizie e gli atti, relativi alla presente controversia;

- l'Amministrazione dovrà rilasciare alla parte ricorrente un attestato nel quale si confermi l'avvenuta pubblicazione nel sito del ricorso e dell'elenco integrati dall'avviso;

- la medesima Amministrazione dovrà inoltre curare che sull'home page del suo sito venga inserito un collegamento denominato "Atti di notifica" dal quale possa raggiungersi la pagina sulla quale è stato pubblicato il ricorso e l'elenco integrati dall'avviso;

- in assenza di specifiche tariffe che disciplinano la materia, la Sezione ritiene di poter fissare l'importo, che parte ricorrente dovrà versare all'Amministrazione, secondo le modalità che saranno comunicate dall'amministrazione medesima, in € 30,00 (euro trenta) per l'attività di pubblicazione del ricorso sul sito.

Le dette pubblicazioni dovranno avvenire, qualora parte ricorrente opti per questa

ultima modalità di notificazione per pubblici proclami, entro 90 (novanta) giorni dalla comunicazione al suo difensore della pubblicazione della presente ordinanza da parte della Segreteria, con deposito della prova delle intervenute pubblicazioni entro il termine perentorio di ulteriori 15 giorni;

Ritenuto, altresì, che, una volta integrato il contraddittorio nei termini indicati, la controversia possa essere definita nella sede di merito, rinviandosi all'uopo alla pubblica udienza del 12 dicembre 2022;

Ritenuto equo disporre la compensazione delle spese della presente fase tra le parti costituite;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza) accoglie, in parte e nei sensi di cui in motivazione, l'istanza cautelare di cui in epigrafe e per l'effetto:

- a) sospende *in parte qua* i provvedimenti impugnati, onerando l'Amministrazione al riesame secondo i criteri indicati delle singole posizioni dei candidati in graduatoria;
- b) dispone gli incumbenti istruttori di cui in motivazione;
- b) fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 12.12.2022.

Compensa le spese della presente fase cautelare.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Carlo Dell'Olio, Consigliere

Gabriella Caprini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Gabriella Caprini

Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO