

Pubblicato il 22/05/2024

N. 03316/2024 REG.PROV.COLL.  
N. 02143/2023 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2143 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

ROSSELLA PETRONE e ROSSELLA GAGLIARDI, rappresentate e difese dall'Avv. Ivan Del Giudice, con domicilio digitale in Napoli alla Via L. Giordano n. 15 e con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia del loro difensore;

***contro***

REGIONE CAMPANIA, rappresentata e difesa dall'Avv. Rosaria Saturno, con domicilio eletto in Napoli alla Via Santa Lucia n. 81 e con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia del suo difensore;

***nei confronti***

RITA GILIBERTI, VINCENZO D'ORSI, ANTONIO DE NISI, FRANCESCO OLIMPO, GIORGIA CARRANO, LUCIO RULLO, ANNA DI STASIO e NICOLA VALLEFUOCO, non costituiti in giudizio;

*per l'annullamento*

quanto al ricorso introduttivo:

a) del decreto dirigenziale della Regione Campania n. 92 del 3 marzo 2023, con cui è stata riformulata la graduatoria definitiva del concorso straordinario per l'assegnazione di sedi farmaceutiche in ambito regionale, escludendo le ricorrenti dalla graduatoria medesima ed approvando un elenco delle prime 17 posizioni da interpellare con priorità, nonché con cui è stato aggiornato l'elenco delle sedi disponibili;

b) degli atti e provvedimenti adottati all'esito dell'istruttoria compiuta ai fini dell'accertamento delle cause di incompatibilità poste alla base dell'esclusione delle ricorrenti;

c) della nota dirigenziale della Regione Campania prot. n. 643835 del 23 dicembre 2021, del decreto dirigenziale della Regione Campania n. 196 del 19 maggio 2022, con cui sono state precisate le modalità di assegnazione delle sedi farmaceutiche messe a concorso, nonché del bando di concorso approvato con decreto dirigenziale della Regione Campania n. 29 del 23 maggio 2013, se e nelle parti in cui siano stati ritenuti ostativi all'ammissione delle ricorrenti;

d) dell'avviso di interpello pubblicato sul sito istituzionale della Regione Campania in data 7 marzo 2023;

e) di qualsiasi altro atto premesso, connesso e/o consequenziale, siccome lesivo dei diritti e degli interessi delle ricorrenti;

quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:

f) dei decreti dirigenziali della Regione Campania n. 354 del 21 giugno 2023 e n. 360 del 23 giugno 2023, con cui è stata confermata la suddetta graduatoria definitiva ed è stato aggiornato l'elenco delle sedi disponibili;

g) di qualsiasi altro atto premesso, connesso e/o consequenziale, siccome lesivo dei diritti e degli interessi delle ricorrenti;

quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:

- h) del decreto dirigenziale della Regione Campania n. 748 del 10 novembre 2023, con cui è stata nuovamente riformulata la suddetta graduatoria definitiva, confermando l'esclusione delle ricorrenti dalla medesima e l'elenco delle prime 17 posizioni da interpellare con priorità, nonché con cui è stato aggiornato l'elenco delle sedi disponibili;
- i) dell'avviso di interpello pubblicato sul sito istituzionale della Regione Campania in data 31 ottobre 2023;
- l) di qualsiasi ulteriore atto premesso, connesso e/o consequenziale, siccome lesivo dei diritti e degli interessi delle ricorrenti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Viste l'ordinanza collegiale n. 2443 del 20 dicembre 2023, con cui è stata disposta l'integrazione del contraddittorio autorizzando la notifica per pubblici proclami del ricorso e dei motivi aggiunti;

Vista la documentazione depositata in giudizio a comprova dell'avvenuta integrazione del contraddittorio e dato atto del regolare espletamento dell'incombente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Dato avviso ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 aprile 2024 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che:

- le farmaciste ricorrenti hanno partecipato in forma associata al concorso straordinario, per soli titoli, finalizzato all'assegnazione di sedi farmaceutiche in ambito campano, il cui bando è stato approvato con decreto dirigenziale della Regione Campania (nel prosieguo della

trattazione tutti i decreti dirigenziali si intenderanno intestati all'amministrazione regionale) n. 29 del 23 maggio 2013 in applicazione dell'art. 11 del decreto legge n. 1/2012, convertito con modificazioni nella legge n. 27/2012;

- le medesime, dopo essere state inserite nella graduatoria definitiva rettificata approvata con decreto dirigenziale n. 78 del 10 marzo 2022 e dopo esserne rimaste escluse in forza di successivi decreti dirigenziali di modifica (e conferma) della graduatoria (n. 92 del 3 marzo 2023, n. 354 del 21 giugno 2023 e n. 360 del 23 giugno 2023), subivano infine la conferma della loro esclusione dal concorso ad opera del decreto dirigenziale n. 748 del 10 novembre 2023, recante la rinnovata riformulazione della graduatoria definitiva unitamente alla conferma di un elenco delle prime 17 posizioni da interpellare con priorità e all'aggiornamento dell'elenco delle sedi disponibili;

- con tale ultimo provvedimento la Regione Campania intendeva dare definitiva attuazione alle statuizioni contenute nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6016 del 19 giugno 2023, intervenuta sul concorso a conferma della sentenza di questa Sezione n. 1341 del 2 marzo 2023, ribadendo l'esclusione delle candidature "le quali risultano incorrere nelle condizioni preclusive per aver ceduto la titolarità di sede farmaceutica, le quote sociali di società di persone titolari di sede farmaceutica, nonché per aver proceduto alla trasformazione della natura societaria da società di persone a società di capitali". In particolare, le suddette sentenze estendevano ai soci di società di persone la portata applicativa della causa di esclusione, contemplata dall'art. 12, comma 4, della legge n. 475/1968 (e riprodotta dall'art. 2 del bando di concorso con la formula sintetica "non aver ceduto la propria **farmacia** negli ultimi 10 anni"), a termini della quale: "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.”. Inoltre, nel bando di concorso si precisava che la condizione di inesistenza della cessione infradecennale doveva permanere “fino al momento dell'assegnazione della sede”;

- nel dettaglio, l'istruttoria condotta sulla domanda di partecipazione presentata dalle ricorrenti in forma associata aveva fatto emergere che una delle due ricorrenti, e precisamente la D.ssa Rossella Petrone, aveva ceduto con atto notarile del 5 luglio 2013 la quota di una società di persone, nello specifico di una società in accomandita semplice (**Farmacia M.R. Petrone S.a.s. di Michele Petrone**), titolare di una sede farmaceutica urbana, il che, a parere dell'autorità regionale, non poteva non comportare l'estromissione delle candidate dalla procedura concorsuale e dalla relativa graduatoria finale, proprio in ossequio alle pronunce del giudice amministrativo;

- le ricorrenti impugnano, anche mediante la proposizione di più motivi aggiunti, il decreto dirigenziale n. 748 del 10 novembre 2023 e i precedenti decreti dirigenziali n. 92 del 3 marzo 2023, n. 354 del 21 giugno 2023 e n. 360 del 23 giugno 2023, oltre agli altri atti indicati in epigrafe, contestando la disposta esclusione dalla graduatoria definitiva per una serie di ragioni riconducibili alle categorie della violazione di legge e dell'eccesso di potere;

-nella memoria conclusiva depositata il 7 marzo 2024, parte ricorrente – oltre ad insistere sulla questione di legittimità costituzionale, già sollevata con il ricorso introduttivo, dell'art. 12 della legge n. 475/1968, letto in combinato disposto con l'art. 11 del decreto legge n. 1/2012 e con l'art. 7 della legge n. 362/1991, per contrasto con i principi costituzionali, anche derivanti dall'interposizione del diritto europeo, di ragionevolezza, di proporzionalità, di buon andamento dell'azione

amministrativa, di tutela della salute, relativi alle libertà di iniziativa economica privata, di stabilimento e di espletamento dei servizi, con conseguente indebita restrizione dell'accesso al mercato – muove nuove censure avverso la decisione espulsiva;

Rilevato, in via preliminare, che:

- in linea con quanto anticipato nel corso dell'odierna udienza di discussione, va ravvisato l'esaurimento dell'interesse alla coltivazione del ricorso introduttivo e del primo ricorso per motivi aggiunti, giacché, come illustrato in premessa, tutti gli atti gravati con tali mezzi – ossia i decreti dirigenziali n. 92 del 3 marzo 2023, n. 354 del 21 giugno 2023 e n. 360 del 23 giugno 2023, nonché gli altri atti in epigrafe individuati – sono stati superati durante l'iter di causa dal decreto dirigenziale n. 748 del 10 novembre 2023, gravato con il secondo ricorso per motivi aggiunti e recante il nuovo quadro provvedimentale in forza del quale è stata conclusivamente riformulata la graduatoria concorsuale, confermando l'esclusione delle ricorrenti, ed è stato rimodulato l'elenco delle sedi farmaceutiche oggetto di assegnazione;

- il rilievo si pone in sintonia con quanto di recente puntualizzato dal massimo giudice amministrativo in un contenzioso per certi versi analogo a quello di specie, nel quale questi ha avuto modo di affermare il seguente concetto: “(...) è sufficiente, infatti, osservare, confermando l'iter argomentativo del Tribunale (sentenza di questa Sezione n. 5388 del 3 ottobre 2023, ndr.), che tutti i decreti gravati, nel primo grado di giudizio, sono stati invero sostituiti in corso di giudizio, con conseguente definitiva perdita di efficacia e lesività per le posizioni azionate; dovendosi, dunque, confermare che la dichiarazione d'improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse trova piena rispondenza proprio nella graduatoria approvata da ultimo, ossia nel decreto dirigenziale n. 748 del 10 novembre 2023 (...)” (così Consiglio di Stato, Sez. III, 4

aprile 2024 n. 3106);

- pertanto, deve essere dichiarata l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso introduttivo e del primo ricorso per motivi aggiunti, mentre va scrutinato nel merito il solo secondo ricorso per motivi aggiunti;

Rilevato, quanto a tale ultimo mezzo, che:

- con una prima batteria di censure articolate nei confronti del decreto dirigenziale n. 748 del 10 novembre 2023 e dell'avviso di interpello pubblicato il 31 ottobre 2023, parte ricorrente deduce che la cessione di quota intervenuta all'interno della società in accomandita semplice giammai potrebbe integrare la fattispecie espulsiva disciplinata dall'art. 12, comma 4, della legge n. 475/1968, e ciò per le seguenti ragioni: i) non è stata trasferita la titolarità dell'esercizio farmaceutico, che continua a permanere in capo alla compagine sociale ex art 7 della legge n. 362/1991; ii) l'assetto del servizio pubblico non è stato concretamente alterato, a fronte del mantenimento del complesso aziendale e del quadro organizzativo/direzionale originari; iii) la cessione ha riguardato una quota di partecipazione minoritaria detenuta dalla socia accomandante D.ssa Petrone, peraltro priva di poteri rappresentativi e gestori ex artt. 2318 e 2320 c.c.; iv) la cessione è avvenuta all'interno del nucleo familiare di appartenenza della D.ssa Petrone e, pertanto, il suo prezzo è stato diretto a compensare la mera perdita patrimoniale in termini di controvalore della quota ceduta, non realizzando alcun intento speculativo o commerciale; v) la titolarità della sede farmaceutica intestata alla **Farmacia** M.R. Petrone S.a.s. di Michele Petrone è stata conseguita mediante privato acquisto e non per il tramite di acquisizione concorsuale (straordinaria o meno);

Considerato che:

- le prefate censure vanno trattate in modo unitario e meritano di essere

tutte disattese semplicemente richiamando – contrariamente a quanto opinato in gravame – le condivisibili osservazioni rese dal Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 6016 del 19 giugno 2023, che peraltro ha visto coinvolte proprio le odierne ricorrenti in qualità di appellanti incidentali e che ha affrontato anche la questione di legittimità costituzionale reiterata da ultimo nella suddetta memoria conclusiva: “19. Osserva la Sezione che l’obiettivo che si prefigge il comma 4 dell’articolo 12 della legge n. 474/1968 - richiamato espressamente nel bando agli articoli 2 (requisiti di ammissione), 5 (domanda di partecipazione) e 6 (irricevibilità della domanda) e che impone il divieto di partecipazione ad un concorso per l’assegnazione di una sede farmaceutica a coloro che hanno ceduto la titolarità di una sede nei dieci anni precedenti la partecipazione al concorso - è quello di conciliare, bilanciandoli, l’interesse privato del titolare dell’esercizio farmaceutico a conseguire un adeguato ritorno economico dalla posizione conseguita, senza per questo precludersi successive chances di nuova assegnazione, con quello pubblico a preservare la connotazione pubblica del servizio farmaceutico, evitando la prevalenza di intenti meramente speculativi e commerciali, nel perimetro che la legge assegna alle Regioni (con sentenza 17 gennaio 2020, n. 1, l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha stabilito 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)”. 20. In questa prospettiva, in applicazione della nota n. prot. 2021.0643835 del dicembre 2021 inviata dalla Regione Campania ai candidati, secondo cui “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”, il Tribunale territoriale ha stabilito che non possono essere ammessi a partecipare e devono essere esclusi dal concorso straordinario 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 un precedente concorso. 21. E ciò sulla base delle deduzioni svolte dai ricorrenti in primo grado, secondo cui nella graduatoria definitiva erano presenti concorrenti che, nei dieci anni precedenti la partecipazione al concorso, avevano ceduto quote di società di persone ovvero che, secondo quanto risulta dalle allegate visure camerali storiche, nelle more del concorso straordinario della Regione Campania avevano ottenuto, attraverso la partecipazione al concorso straordinario in altre Regioni, l’assegnazione della titolarità di altre sedi farmaceutiche, avevano quindi costituito delle società per la gestione di tali farmacie ed hanno infine ceduto la propria quota di partecipazione in tali società. 22. Come riconosciuto dagli stessi appellanti, la sentenza del Tar campano opera una corretta ricostruzione della normativa in materia, per come modificatasi nel tempo. 22. Nella vigenza delle disposizioni di cui al decreto-legge 4 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 e della legge 8 novembre 1991, n. 362, osserva il Tar, veniva in rilievo “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**, perché questa seconda costituiva essenzialmente uno schema di tipo organizzativo, rilevante nei rapporti interni (alla società) ed in quelli con i terzi. Anche quando organizzata in forma societaria, quindi, l'attività di distribuzione farmaceutica continuava a conservare una forte impronta personalistica, riflesso della peculiare natura dell'attività esercitata, la quale rinveniva nelle qualità e nei titoli professionali dei soci-farmacisti la garanzia principale del suo corretto svolgimento". 23. Il quadro normativo è cambiato con l'entrata in vigore della legge 4 agosto 2017, n. 124 "Legge annuale per il mercato e la concorrenza", che ha ammesso che titolare di una **farmacia** possa essere una società di capitali, oltre che una persona fisica e una società di persone, ferma restando l'obbligatorietà della direzione della **farmacia** in capo ad un professionista in possesso del requisito dell'idoneità previsto dall'art. 12 della legge 2 n. 475/1968, essendo il direttore l'unico "responsabile del regolare svolgimento del servizio farmaceutico, a garanzia di professionalità e competenza nell'esercizio della **farmacia** stessa." 24. Rileva ancora il Tar che l'articolo 12 non è stato modificato, nonostante la riforma abbia consentito l'ingresso nel mondo farmaceutico delle persone giuridiche, con la conseguenza che "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", registrandosi "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**)." 25. In altri termini, il primo giudice ha distinto tra titolarità e gestione in forma associata di una **farmacia**, nel senso che: nel caso della società di persone, trova

piana applicazione l'articolo 12, comma 4 (anche al caso di socio cedente la sua quota), mentre nell'ipotesi di cessione di quote di società di capitali, giuridicamente e patrimonialmente autonome dai loro soci, la preclusione decennale prevista dalla norma in oggetto deve trovare un adattamento interpretativo alle nuove forme di titolarità del presidio, che tuttavia salvaguardi finalità e ratio della previsione ostativa. 26. Gli appellanti lamentano l'erroneità della decisione, facendo leva sul richiamo all'articolo 11, comma 7 del citato d.l. n. 1/2012, a mente del quale "ai concorsi per il conferimento di sedi farmaceutiche gli interessati in possesso dei requisiti di legge possono concorrere per la gestione associata, sommando i titoli posseduti. (omissis). Ove i candidati che concorrono per la gestione associata risultino vincitori, la titolarità della **farmacia** assegnata è condizionata al mantenimento della gestione associata da parte degli stessi vincitori, su base paritaria, per un periodo di tre anni dalla data di autorizzazione all'esercizio della **farmacia**, fatta salva la premorienza o sopravvenuta incapacità". 27. Il Collegio ritiene, tuttavia, che la disposizione in esame riguardi il diverso profilo delle condizioni richieste per la conservazione della titolarità della **farmacia**, nel caso di suo acquisto tramite la spendita di titoli appartenenti a più interessati che hanno concorso insieme, sicché essa impone il mantenimento della gestione associata da parte dei vincitori per almeno tre anni al fine di garantire l'affidabilità delle dichiarazioni rese in sede concorsuale e l'effettività della partecipazione e gestione in forma associata. Viceversa, la ratio cui risponde la diversa norma di cui all'art. 12, comma 4, concerne il divieto per dieci anni di partecipare a concorsi per l'assegnazione di sedi farmaceutiche in capo a chi abbia ceduto la titolarità della **farmacia** a seguito di precedente concorso. Correttamente, dunque, il Tar ha stabilito che debbano essere esclusi dalla graduatoria (anche) i titolari di quote di una società di persone che

deteneva una **farmacia** e delle quali successivamente si sono disfatti attraverso la cessione a terzi. In altre parole, ai fini della verifica dell'incompatibilità (anche a seguito dell'acquisizione di una nuova **farmacia**) sancita dalla legge, non viene in rilievo l'ammissibilità e la liceità della trasformazione della società (da società di persone a società di capitali) e della fattispecie a formazione progressiva di cui è espressione il collegamento negoziale, quanto, ex se, la precedente titolarità di **farmacia**, successivamente dismessa. Non solo, infatti, è questa doppia evenienza (pregressa titolarità del presidio, anche attraverso la detenzione della quota di società di persone e sua successiva cessione, intermediata dalla trasformazione societaria) ad integrare gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 12 comma 4, a prescindere da ogni altra considerazione sulla liceità dei passaggi negoziali che hanno condotto alla trasformazione della società e al subentro di questa, nella sua veste di società di capitale, nella titolarità della **farmacia**; ma, deve aggiungersi, diversamente opinando si finirebbe per consentire l'aggiramento del divieto di cui all'articolo 12, comma 4 attraverso una impropria giustapposizione di discipline solo in parte collimanti (cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 2 agosto 2022, n. 6775, 10 gennaio 2020, n. 229); mentre, come noto, la funzione dell'incompatibilità fissata dall'art. 12, comma 4, L. n. 475/1968 in parola – la cui applicabilità al concorso straordinario non è contestata dalle parti appellanti – è notoriamente quella di evitare la conseguenza che la “disponibilità” degli esercizi farmaceutici, nel senso dell'affidamento della relativa titolarità, dipenda in buona parte dai farmacisti stessi, e venga quindi sottratta alla dinamica concorsuale, consentendo loro di decidere di cedere la **farmacia** (e così individuarne il titolare) e liberamente concorrere per una nuova assegnazione (cfr., ex pluribus, Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2020 n. 229): e ciò in

dispregio del fatto che fornire medicinali è un servizio pubblico che, ovviamente, prevale sul diritto del singolo a lucrare sull'attività farmaceutica stessa (come ampiamente osservato dal Consiglio di Stato nel proprio parere del 2018, n. 69). 28. In questa prospettiva teleologica e sistematica, è la cessione delle quote di società di persone in origine detenute a comportare l'incompatibilità ed esattamente in questo (condivisibile) senso va inteso il passaggio della sentenza impugnata nel quale si afferma che "ove la titolarità delle predette farmacie, assegnata originariamente ad una società di persone, sia stata oggetto di cessione, in occasione della trasformazione, in favore di una società di capitali, la costituzione della società per azioni, tramite il collegamento negoziale sottostante, costituisce effettivamente un espediente attraverso il quale eludere la finalità perseguita dall'art. 12, co. 4, della l. n. 475/1968 – impedire, cioè, che i farmacisti persone fisiche possano perseguire, sia pure indirettamente, lo scopo di lucro attraverso la monetizzazione di più sedi farmaceutiche ottenute tramite diversi bandi di concorso - e come tale la suddetta operazione deve ritenersi preclusa, incorrendo nella condizione ostativa ivi prevista". Come stabilito dalla Sezione con argomentazioni che il Collegio condivide, è decisiva "la nozione di "cessione" dell'esercizio farmaceutico, la cui realizzazione nel decennio (antecedente alla data di presentazione della domanda di partecipazione al concorso straordinario) priva il cedente di uno dei requisiti partecipativi" (Consiglio di Stato, cit. n. 6775/2022). L'esito di questa operazione dismissiva va verificato confrontando la situazione di partenza del concorrente (socio di società di persona e titolare pro quota di **farmacia**) e la sua situazione attuale (assenza di quote), poiché è questo semplice raffronto che restituisce il dato di una pregressa detenzione dell'esercizio farmaceutico che è poi venuta meno e che lo rende non idoneo alla nuova assegnazione. 29. In questa prospettiva,

risulta complessivamente condivisibile, sia pure con le precisazioni innanzi segnalate, l'impianto motivazionale della sentenza di primo grado tendente a conferire rilevanza al collegamento dei passaggi negoziali attraverso i quali questa dismissione è stata realizzata, quali "l'atto della trasformazione della società di persone in società di capitali, primo momento della operazione negoziale complessivamente intesa" e "la successiva cessione di quote della società a responsabilità limitata, già costituita, di per sé, invece, astrattamente consentita in quanto partecipazione meramente finanziaria". 30. Può solo aggiungersi, portando l'attenzione nuovamente sulla ratio dell'istituto, che se l'art. 12, comma 4, L. n. 475/1968, è preordinato ad evitare che il farmacista, che abbia ceduto la propria **farmacia**, si appropri, attraverso l'assegnazione concorsuale (a prescindere dal fatto che si tratti di concorso ordinario o straordinario) 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 tanto nel caso in cui la cessione sia disposta da una persona fisica, quanto nel caso in cui la cessione sia stata effettuata da una persona giuridica nella quale è confluita la precedente detenzione a titolo "personale", perché anche in quest'ultima ipotesi deve "ritenersi che il socio abbia acquisito i relativi vantaggi: né sussistono ragioni, in quanto attinenti alla peculiarità deisingoli 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" (TAR Bologna, sez. II, 3 gennaio 2022, n. 4). 31. Le argomentazioni del Tar si pongono nell'alveo di quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 1/2020 e con il parere della Commissione Speciale del

Consiglio di Stato 3 gennaio 2018, n. 69. In particolare, in quest'ultimo arresto il Consiglio, nello sforzo di fornire una risposta coerente ai quesiti formulati dal Governo e di coordinare la normativa che si è succeduta nel tempo, ha fissato due punti: - da un lato, ha stabilito che “alla luce della riforma del 2017, non possa essere negata la possibilità per i vincitori del concorso straordinario in forma associata di costituire qualunque forma di società, anche di capitali ed anche senza attendere il triennio dall'autorizzazione all'esercizio della **farmacia**; - dall'altro, ha ribadito “il rispetto dei requisiti di partecipazione e della condizione del vincolo triennale della gestione paritaria impediscono l'apertura della compagine societaria a capitali esterni” e ciò in quanto, “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.” Secondo la Commissione interpellata, l'introduzione della normativa che apre il mercato anche alle società di capitali deve essere coniugata con la considerazione che “il rispetto del vincolo della gestione associata su base paritaria tra i vincitori, invero, potrebbe subire un sostanziale svuotamento nel momento in cui, dopo la costituzione della società di capitali, la gestione della **farmacia** venga rimessa all'organizzazione ed all'amministrazione proprie del tipo sociale prescelto. Invero, sebbene venga garantita la paritarietà tra i vincitori, ciò potrebbe non risultare sufficiente ad evitare che, grazie all'apertura a capitali esterni, le maggioranze sociali assumano un potere determinante ai fini della concreta gestione della **farmacia**”, il che impone che “lo statuto societario presenti idonee disposizioni volte a preservare da meccanismi elusivi la realizzazione della gestione associata su base paritaria vincolata per un tempo non inferiore ai tre anni”. Dunque, per quanto qui rileva, il parere del 2018, pur affrontando

una tematica non di specifico interesse ai fini della presente decisione, chiarisce che l'apertura alle società di capitali deve trovare contemperamento in meccanismi (interpretativi od operativi) in grado di salvaguardare i limiti posti dalla normativa, tra i quali non vi è dubbio che rientri anche quello imposto dall'art. 12 comma 4. 32. Per le ragioni sin qui esposto, l'appello principale va quindi respinto." (...). 34.2. Con il secondo motivo di appello incidentale, le dottoresse Petrone e Gagliardi lamentano l'erroneità della sentenza del Tar "laddove, con una decisione ultra petita, afferma in via generale il principio secondo il quale la causa di incompatibilità di cui all'art. 12, co. 4 della L. 2 aprile 1968 n. 475 trovi applicazione anche alle cessioni di quote di società di persone relative alla gestione di sedi farmaceutiche non assegnate da concorso straordinario". Anche tale mezzo deve essere respinto. Osserva il Collegio che la doglianza di fondo su cui ruota tutto il ricorso in primo grado dei dottori -OMISSIS- e -OMISSIS- fa riferimento alla lamentata violazione dell'articolo 12, comma 4 della legge n. 475/1968. 34.3. Con motivazione immune da vizi, la sentenza appellata ha correttamente stabilito sul punto 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" per cui "Ricorre, dunque, nei casi da ultimo esaminati, trasformazione della società di persone in società di capitali ed indipendentemente dalla ulteriore cessione delle quote, la causa interdittiva comportante l'esclusione, posto che con un comportamento formalmente lecito si realizza un risultato contrario alla legge". In primo grado, i dottori -

OMISSIS- e -OMISSIS- avevano dedotto 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” (pag. 7). L’incompatibilità alla partecipazione ai concorsi per l’assegnazione delle sedi farmaceutiche è introdotta dalla norma a prescindere dalla modalità (negoziato privato, ovvero concorso ordinario o straordinario) con cui è stata conseguita la titolarità della **farmacia**. Né a diverse conclusioni potrebbe pervenirsi facendo leva sull’ulteriore argomentazione delle appellanti incidentali, che contestano la decisione anche sotto il profilo per cui i primi giudici si sarebbero pronunciati ultra petita, atteso che, come deducono, “l’adozione del modulo societario e le successive modifiche della compagine sociale sono state apprezzate in rapporto alla previsione della partecipazione “in forma associata” (e quindi alle modalità e al rispetto del vincolo di gestione comune) e alla sopravvenuta perdita dei requisiti per cessione di sede assegnata in altra Regione” e, pertanto “i principi elaborati in giurisprudenza non possono trovare sic et simpliciter un’applicazione generalizzata”. Osserva al riguardo il Collegio che la sentenza impugnata ed i principi ivi fissati consentono alla Regione di tenere conto del dictum giurisdizionale al fine dell’adozione degli atti conseguenti, di cui, in ipotesi, le appellanti incidentali potranno dolersi nell’ambito di un (nuovo) giudizio e non nell’ambito del presente contenzioso. 34.4. Anche il terzo motivo dell’appello incidentale in esame non può essere accolto. Con esso la parte deduce che “prima della presentazione dell’istanza di

partecipazione, la dott.ssa Rossella Petrone, socia accomandante, aveva ceduto le quote assolutamente minoritarie della soc. ‘**Farmacia M.R. Petrone**’, intendendo così differenziare la sua posizione da quella dei candidati esclusi per violazione dell’articolo 12, comma 4, sul presupposto che la disciplina delle società in accomandita semplice “stempera fortemente il principio personalistico che connota le società di persone, limitando in modo consistente l’apporto dei soci accomandanti, i quali in sostanza sono assimilabili a meri soci investitori”: infatti, “sia la direzione tecnica che l’adozione degli atti di conduzione della **farmacia**, rientranti appunto nell’oggetto sociale, da parte del socio accomandatario, escludono del tutto che il socio accomandante possa svolgere effettivamente un ruolo attivo e, quindi, rilevante nei confronti dell’Amministrazione pubblica conferente il servizio”. 34.5. La tesi non può essere condivisa. In disparte il pur decisivo rilievo per cui le società di persone, tra le quali si annovera la società in accomandita semplice, non possono in alcun modo ottenere la personalità giuridica e, quindi, quel grado di separazione tra i patrimoni della società e della società che caratterizza le società di capitali, ritiene il Collegio che le disposizioni del codice civile applicabili (articoli 2317 e 2320) ipotizzano proprio la partecipazione del socio accomandante alla gestione della società, estendo a quest’ultimo, nell’ipotesi descritta, la responsabilità illimitata e solidale per tutte le obbligazioni sociali. La giurisprudenza della Sezione, che il Collegio condivide, ha stabilito che “la qualifica di socio accomandante non esclude di per sé la gestione degli affari in nome dell’azienda” (Consiglio di Stato, Sezione III, 18 maggio 2020 n. 3137).

34.6. Da ultimo, le dottoresse Petrone e Gagliardi chiedono che sia sollevata la “la questione di costituzionalità dell’art. 12 della L. 2 aprile 1968 n. 475 in combinato disposto con l’art. 11 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 (conv. con L. 24 marzo 2012 n. 27) e con l’art. 7 della L. 8

novembre 1991 n. 362, nella denegata ipotesi in cui codesto on.le Consiglio di Stato ritenga la loro formulazione letterale essere assolutamente preclusiva alla partecipazione delle odierne appellanti al concorso di cui è causa a cagione dell'avvenuta cessione da parte della dott.ssa Rossella Petrone delle quote della soc. 'Farmacia M.R. Petrone' s.a.s. di Raffale Petrone nel decennio antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle candidature". 34.7. Sul punto, deve essere condivisa la conclusione cui giunge il giudice di prime cure secondo cui, come sopra osservato, la disposizione sospettata di incostituzionalità consente, al contrario e in applicazione proprio dei principi di cui agli articoli 3, 41 e 32 della Costituzione, di operare il giusto temperamento "da un lato tra l'interesse privato del titolare dell'esercizio farmaceutico a monetizzare la posizione conseguita, senza per questo precludersi successive chances di nuova assegnazione, e, dall'altro, quello pubblico a preservare la connotazione pubblica del servizio farmaceutico, conferendo rilievo secondario a profili di carattere meramente speculativo e commerciale." D'altra parte, è in contestazione un concorso "straordinario" normato da una disciplina speciale la cui finalità è quella di ampliare l'assegnazione delle sedi farmaceutiche, sicché in essa trovano piena giustificazione sia l'applicazione del divieto di cui all'art. 12, comma 4, cit., sia la calibrazione di un arco temporale lungo (pari a 10 anni) per la validità di tale divieto. Non può quindi dirsi che il farmacista che ha ceduto una quota minoritaria di una S.a.s. sia "ingiustamente ostacolato nel conseguimento di una propria titolarità" perché il medesimo farmacista, al momento della cessione, era pienamente consapevole delle conseguenze di tale operazione e le ha evidentemente bilanciate con i benefici monetari conseguenti alla cessione; né che egli abbia patito una ingiusta "disparità di trattamento tra soggetti versanti nelle medesime condizioni giuridiche", poiché è

l'elemento di contesto (il concorso straordinario) a connotare di peculiarità la posizione dei concorrenti che consapevolmente ne accettano le regole, nel momento in cui decidono di prendere parte alla selezione. Ne deriva che anche sotto questo aspetto l'appello incidentale non merita accoglimento.”;

- in sintesi, facendo tesoro dei superiori insegnamenti, si può ben affermare che nel caso (come quello di specie) di farmacie costituite sotto forma di società di persone, conseguite con capitale privato, appartenenti allo stesso nucleo familiare e caratterizzate da cessione di quote (anche minoritarie) all'interno dello stesso nucleo familiare, si deve applicare la causa di esclusione di cui all'art. 12, comma 4, della legge n. 475/1968. Invero, nella prospettiva teleologico-sistematica che deve guidare l'interpretazione della normativa di settore, è la cessione di quote di società di persone in origine possedute a comportare l'incompatibilità, indipendentemente dal modo di acquisto della titolarità dell'esercizio farmaceutico, dal tipo di legame personale sussistente tra cedente e cessionario e dalla consistenza economica del prezzo di cessione, i quali si atteggiano tutti a fattori neutri ai fini dell'operatività della causa di esclusione in commento. Si ribadisce, infatti, che l'esito di tale operazione dismissiva va verificato confrontando la situazione di partenza del concorrente (socio di società di persone e titolare pro quota di **farmacia**) e la sua situazione attuale (assenza di quote), dal momento che da questo semplice raffronto emerge il dato di una pregressa detenzione dell'esercizio farmaceutico che è venuta meno e che lo rende non idoneo alla nuova assegnazione mediante concorso;

Considerato, altresì, che:

- rimane da scrutinare, con riguardo al secondo ricorso per motivi aggiunti, la censura di invalidità derivata dedotta nei confronti di entrambi gli atti impugnati con tale mezzo, asseritamente discendente

dai provvedimenti gravati con il ricorso introduttivo e con il primo ricorso per motivi aggiunti;

- la doglianza non merita condivisione, poiché questi ultimi provvedimenti, come sopra appurato, sono stati superati e sostituiti, con conseguente definitiva perdita di efficacia e lesività per le posizioni azionate, proprio dal decreto dirigenziale n. 748 del 10 novembre 2023, il che ha comportato anche l'esaurimento della loro eventuale portata invalidante (cfr. TAR Campania Napoli, Sez. II, 17 maggio 2021 n. 3242);

- nella memoria conclusiva depositata il 7 marzo 2024, le ricorrenti muovono nuove doglianze avverso la loro estromissione dalla procedura concorsuale, denunciando l'avvenuta decorrenza del decennio previsto dall'art. 12, comma 4, della legge n. 475/1968 e l'irragionevole restrizione della platea di candidati, con conseguente esclusione di soggetti in possesso di "importanti esperienze professionali in virtù di incarichi conferiti proprio perché figuranti nella compagine sociale" e di coloro che "hanno acquisito quote di società costituite al solo fine di poter accedere ad una conduzione di tipo familiare dell'esercizio farmaceutico";

- le prefate censure sono inammissibili essendo state introdotte con mero atto difensivo non notificato alle parti avversarie, in dispregio delle regole del contraddittorio processuale. Invero, nel processo amministrativo sono inammissibili le censure dedotte in memoria non notificata alla controparte sia nell'ipotesi in cui risultino completamente nuove e non ricollegabili ad argomentazioni espresse nel corpo del ricorso sia quando, pur richiamandosi ad un motivo già ritualmente dedotto, introducano elementi sostanzialmente nuovi, ovvero in origine non indicati, con conseguente violazione del termine decadenziale e del principio del contraddittorio, essendo affidato alla memoria difensiva il

solo compito di una mera illustrazione esplicativa dei precedenti motivi di gravame, senza possibilità di ampliare il thema decidendum (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 gennaio 2023 n. 188; Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 marzo 2013 n. 1715);

Ritenuto, in conclusione, che:

- ribadite le suesposte considerazioni, mentre il ricorso introduttivo e il primo ricorso per motivi aggiunti devono essere dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, il secondo ricorso per motivi aggiunti, resistendo gli atti impugnati con tale mezzo alle prospettazioni attoree, va respinto per infondatezza;
- sussistono giusti e particolari motivi, in virtù della complessità della vicenda contenziosa, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali, restando il contributo unificato a carico delle ricorrenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così statuisce:

- dichiara improcedibili il ricorso introduttivo e il primo ricorso per motivi aggiunti;
- respinge il secondo ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate, con contributo unificato a carico di parte ricorrente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

Gabriella Caprini, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Carlo Dell'Olio**

**IL PRESIDENTE**  
**Anna Pappalardo**

**IL SEGRETARIO**