



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4120 del 2019, proposto da

██████████ Farmacia ██████████ della Dott.ssa ██████████ S.a.s., rappresentate e difese dagli avvocati Gianluca Maria Esposito, Valeria Ciervo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gianluca Maria Esposito in Roma, Lungotevere Arnaldo da Brescia, n. 11;

*contro*

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fiammetta Lorenzetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Tempio di Giove n. 21;

*e con l'intervento di*

ad opponendum:

Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Elisa Caprio, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Marcantonio Colonna, n. 27;

*per la riforma*

della sentenza n. 5557 del 2 maggio 2019 del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. II, resa tra le parti, concernente l'annullamento d'ufficio dell'autorizzazione all'apertura della farmacia.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visto l'atto di intervento ad opponendum della Regione Lazio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica, tenutasi da remoto, del giorno 4 giugno 2020 il Cons. Stefania Santoleri e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni in legge n. 27/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. - Con determinazione dirigenziale B07698, pubblicata il 18/10/2012, la Regione Lazio ha indetto il concorso pubblico per l'assegnazione di 274 sedi farmaceutiche ai sensi dell'art. 11 del D.L. n. 1/2012; a tale procedura hanno preso parte in forma associata la dott.ssa F. [REDACTED] (in qualità di referente) e dott. [REDACTED] (in qualità di associata), avvalendosi della previsione di cui all'articolo 3 del bando, che consentiva la partecipazione al concorso in forma associata, ai sensi del comma 7 dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012.

Tale norma dispone, infatti, che "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. In tale caso, ai soli fini della preferenza a parità di punteggio, si considera la media dell'età dei candidati che concorrono per la gestione associata. 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". In origine il termine era decennale, ma è stato poi ridotto a tre anni dalla data di autorizzazione all'esercizio della farmacia, per effetto della novella apportata dall'articolo 1, comma 163, della legge 4 agosto 2017, n. 124.

2. - All'esito della procedura selettiva le suddette concorrenti in forma associata si sono classificate in posizione utile per ottenere l'assegnazione della sede farmaceutica,

conseguendo il [REDACTED] posto della graduatoria.

3. - Con provvedimento del 31 giugno 2016 G09654, la Regione Lazio ha disposto l'assegnazione, con riserva, della sede farmaceutica in favore della dott.ssa [REDACTED] e della dott.ssa [REDACTED] vincitrici del concorso in associazione.

Nelle premesse del provvedimento di assegnazione della sede si evidenziava – tra l'altro - che “relativamente allo specifico profilo dell'assegnazione ai partecipanti in forma associata, con nota prot. n. 9007 del 23.11.2012, l'indicato Ufficio Legislativo del Ministero ha spiegato che, avendo vinto il concorso, i titolari in forma associata potranno costituire (...) una società ai sensi dell'art. 7 della L. 362/1991 e che tale società rileverà unicamente ai fini della gestione, poiché la titolarità, per effetto della richiamata disposizione di legge, resta, congiuntamente, in capo ai soci, in deroga alla fattispecie già prevista dall'art. 7 della citata L. 363/1991” .

Vi si rimarcava, ancora, che “(...) in caso di partecipazione in forma associata, a fronte dell'assegnazione disposta dalla Regione, l'autorizzazione all'apertura della sede farmaceutica che sarà rilasciata dal Comune dovrà intendersi unica pro indiviso e ad essa verrà applicata la regola che la stessa è strettamente personale e non potrà essere ceduta o trasferita ad altri”. Infine, nelle premesse del provvedimento di assegnazione si evidenziava che “ai fini della gestione associata, i co-assegnatari dovranno costituire una società di persone, optando per una delle tipologie elencate nell'art. 7, comma 1, della L. 362/91, individuando uno tra i co-titolari che assumerà il ruolo di direttore tecnico dell'esercizio farmaceutico delle relative responsabilità”.

4. - Le dott.sse [REDACTED], in data 7 giugno 2016, hanno costituito la società “Farmacia [REDACTED]” acquisendo, rispettivamente, la dott. [REDACTED] la qualità di socia accomandataria, e la dott.ssa [REDACTED] la qualità di socia accomandante; la direzione tecnica della farmacia è stata assunta dalla dott.ssa [REDACTED]

Entrambe le co-titolari hanno quindi presentato a Roma Capitale, in data 27 giugno 2016, apposite dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, nelle quali ciascuna di esse ha dichiarato – tra l'altro – “di non trovarsi nelle condizioni d'incompatibilità previste dall'art. 13, della Legge 2 aprile 1968, n. 475 e successive modificazioni secondo cui: “Il titolare di una farmacia ed il direttore responsabile, non possono ricoprire posti di ruolo

nell'amministrazione dello Stato, compresi quelli di assistente e titolare di cattedra universitaria, e di enti locali o comunque pubblici, né esercitare la professione di propagandista di prodotti medicinali.

Il dipendente dello Stato o di un ente pubblico, qualora a seguito di pubblico concorso accetti la farmacia assegnatagli, dovrà dimettersi dal precedente impiego e l'autorizzazione alla farmacia sarà rilasciata dopo che sia intervenuto il provvedimento di accettazione delle dimissioni”.

5. - Con successivo provvedimento del 26 settembre 2017 n. 158 – tenuto conto delle autodichiarazioni - la Sindaca di Roma Capitale ha rilasciato ad entrambe le vincitrici l'autorizzazione all'apertura e all'esercizio della nuova sede farmaceutica n. 793 denominata “ [redacted] gestita dalla società “Farmacia [redacted] della dott.ssa [redacted] S.a.s”. Nelle premesse della suddetta autorizzazione si evidenziava, tra l'altro, che “in coerenza con l'assegnazione della sede farmaceutica di cui alla determinazione n. G09654/2016, la presente autorizzazione dovrà intendersi unica, pro indiviso, strettamente personale”.

5.1 - Con nota del 13 marzo 2018 la Regione Lazio ha comunicato a Roma Capitale che la dott.ssa [redacted] prestava servizio in qualità di professore associato a tempo pieno presso il Dipartimento di Chimica e Tecnologie del Farmaco della Facoltà di Farmacia e Medicina presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. La Regione ha, quindi, chiesto all'Amministrazione capitolina “(..) di verificare la dichiarazione di incompatibilità e di adottare i provvedimenti di competenza, vista l'incompatibilità tra la figura di farmacista titolare e il rapporto di pubblico impiego (...)”.

5.2- Roma Capitale dopo aver dato l'avviso dell'inizio del procedimento alle due titolari dell'autorizzazione, e dopo aver ritenuto non soddisfattive le giustificazioni fornite dalla dott.ssa Antiochia, ha adottato il provvedimento n. 113 del 27 giugno 2018, con il quale è stato disposto l'annullamento dell'autorizzazione n. 158/2017, disponendo contestualmente la chiusura dell'esercizio farmaceutico a decorrere dalla notifica del provvedimento.

5.2 - Nelle more della notifica del suddetto provvedimento – avvenuta il 18 luglio 2018 – la dott.ssa [redacted], per il tramite dei propri legali, ha presentato all'Amministrazione, il 5

luglio 2018, un'istanza di sospensione del procedimento.

La richiesta è stata riscontrata dal Dipartimento politiche sociali di Roma Capitale con nota del 18 luglio 2018, nella quale si illustravano le ragioni per le quali si riteneva di non poter accogliere le argomentazioni svolte dall'interessata.

6. - Con ricorso proposto dinanzi al TAR per il Lazio, Sezione Seconda, la Farmacia [REDACTED] della dott.ssa [REDACTED] e la predetta dott.ssa [REDACTED], in proprio, hanno impugnato – insieme agli atti antecedenti e connessi specificati in epigrafe – il provvedimento della Sindaca di Roma del 27 giugno 2018, avente ad oggetto l'annullamento d'ufficio dell'autorizzazione n. 158 del 26 settembre 2017 “all'apertura e all'esercizio della sede farmaceutica della P.O. di Roma Capitale n. 793 denominata [REDACTED] sita in [REDACTED] (...) gestita dalla Società “Farmacia [REDACTED] della dottoressa [REDACTED] denunciandone l'illegittimità per plurimi motivi.

6.1 - Si è costituita in giudizio Roma Capitale che con memoria ha replicato alle doglianze proposte chiedendone la reiezione.

6.2 - Con ordinanza n. 5488/2018 il TAR ha respinto l'istanza cautelare; tale ordinanza è stata riformata da questa Sezione disponendo il sollecito esame di merito della controversia accordando, nelle more, la sospensione del provvedimento impugnato tenuto conto degli effetti pregiudizievoli derivanti dalla chiusura della farmacia.

7. - Con la sentenza impugnata il TAR ha respinto il ricorso.

8. - Avverso tale decisione l'appellante ha proposto appello chiedendone la riforma.

8.1 - Si è costituita in giudizio Roma Capitale che ha replicato alle doglianze proposte chiedendone il rigetto.

8.2 - Ho spiegato intervento ad opponendum la Regione Lazio rappresentando di essere titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del resistente in via principale: ha precisato, infatti, di aver interesse a che la procedura applicata sia uniforme in tutto il territorio regionale, tenuto conto delle possibili ricadute della decisione sulle assegnazioni effettuate.

Ha quindi eccepito l'improcedibilità dell'appello tenuto conto dell'avvenuto recesso dalla prof.ssa [REDACTED] dal vincolo associativo prima del termine minimo di tre anni, comportante la decadenza dall'assegnazione.

- 8.3 - In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno depositato scritti difensivi, anche in replica.
- 8.4 - L'appellante ha depositato, tra l'altro, la sentenza della Corte Costituzionale n. 11/2020.
9. - All'udienza pubblica, tenutasi da remoto, del 4 giugno 2020 la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18/2020, convertito con modificazioni con legge 27/2020.
10. - L'appello è infondato e va, dunque, respinto.
11. - Il rigetto dell'appello consente al Collegio di poter assorbire l'eccezione di improcedibilità sollevata dalla Regione Lazio in relazione all'intervenuto recesso della prof.ssa [REDACTED] dal vincolo associativo, recepito nel registro delle imprese in data 25 aprile 2018, prima del termine minimo tre anni previsto dalla legge.
12. - Con il primo motivo lamenta l'appellante l'erroneità del capo di sentenza che ha rigettato la doglianza di violazione dell'art. 21 sexies della L. 241/90 e della conseguente omessa partecipazione dell'appellante al procedimento di annullamento del provvedimento autorizzatorio.
- Con tale doglianza si lamentava, in particolare, che la comunicazione di avvio del procedimento non sarebbe stata eseguita nei confronti della dott.ssa [REDACTED] e della società "[REDACTED]" della quale ella era socia accomandataria e direttore tecnico.
- 12.1 - La doglianza è infondata.
- Innanzitutto è opportuno rilevare che dall'ordinanza impugnata n. 113 del 27 giugno 2018 si dà atto dell'avvenuta trasmissione della comunicazione di avvio del procedimento anche nei confronti della dott.ssa [REDACTED] (nota prot. n. QE/22805 del 21 marzo 2018); essendo la dott.ssa [REDACTED] socia accomandataria della società (oltre che direttore tecnico) non era necessario operare una duplicazione dell'avviso, tenuto conto dell'identità del destinatario (persona fisica) (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 1° dicembre 2015 n. 5426).
- L'appellante sostiene di non aver ricevuto alcuna comunicazione prima del 20 giugno 2018, con la conseguenza che non avrebbe potuto, a suo dire, partecipare al procedimento, tenuto conto che l'atto impugnato è stato adottato il 27 giugno 2018.

Tale obiezione è stata correttamente disattesa il TAR rilevando che il termine di sette giorni doveva ritenersi comunque congruo e proporzionato al fine di consentire eventuali interlocuzioni con l'Amministrazione. Peraltro, condivisibilmente il primo giudice ha rilevato che la condotta dilatoria tenuta dalla dott. ██████ per la partecipazione al procedimento (motivata dalla ragione di voler chiedere la sospensione del procedimento in attesa dell'esito del giudizio promosso dalla ██████ dinanzi al Tribunale di Roma, per accertare il diritto a rivestire la mera titolarità di quote della società Farmacia ██████) dimostra che la dott.ssa ██████ fosse *“ben edotta della questione centrale oggetto dell'istruttoria procedimentale”* e che comunque, *“le specifiche ragioni alla base dell'annullamento disposto, dovuto all'originaria carenza delle condizioni per il rilascio dell'autorizzazione, per l'esistenza di una causa di incompatibilità non dichiarata dalla dott.ssa ██████ escludevano che l'Amministrazione potesse farsi carico di specifiche posizioni di affidamento o altrimenti ponderare gli interessi delle altre parti private, tenuto conto dell'unicità e inscindibilità del titolo autorizzatorio”*.

In sostanza, correttamente, il primo giudice ha fatto applicazione del costante orientamento della giurisprudenza in tema di dequotazione dei vizi meramente formali (cfr, tra le più recenti, Cons. Stato Sez. II, 18/03/2020, n. 1925; Cons. Stato Sez. II, 12/02/2020, n. 1081; Cons. Stato Sez. VI, 10/02/2020, n. 1001; Cons. Stato Sez. III, 19/02/2019, n. 1156).

La doglianza va, quindi, respinta.

13. - Con il secondo motivo lamenta l'appellante la violazione del termine di 18 mesi previsto dall'art. 21 nonies della L. n. 241/90, sostenendo che erroneamente il TAR avrebbe ritenuto rilevante la data di rilascio dell'autorizzazione comunale (26 settembre 2017) in luogo di quella di assegnazione della sede farmaceutica (31 agosto 2016), non considerando che il provvedimento di assegnazione della sede costituirebbe il presupposto per l'emanazione dell'autorizzazione alla sua apertura e al suo esercizio.

Ha quindi dedotto l'illogicità della determinazione dell'Amministrazione che avrebbe rimosso l'atto attuativo - l'autorizzazione - ma non l'assegnazione, pur essendo a conoscenza dell'impossibilità per il destinatario del provvedimento di svolgere l'attività.

La ragione di tale scelta sarebbe derivata, secondo l'appellante, dal superamento del termine di 18 mesi previsto dall'art. 21 nonies della L. 241/90 per l'annullamento in

autotutela.

13.1 - La doglianza è infondata.

Correttamente il TAR ha rilevato che *“il provvedimento di assegnazione della sede farmaceutica alle due co-titolari costituisce l'esito della procedura concorsuale, alla quale la dott.ssa [REDACTED] e la dott.ssa [REDACTED] hanno legittimamente partecipato. La circostanza che, al momento dello svolgimento e della conclusione del concorso, la dott.ssa [REDACTED] intrattenesse un rapporto di lavoro subordinato con l'Università degli Studi “La Sapienza” non le precludeva, infatti, di prendere parte alla selezione e di ottenere la conseguente assegnazione della sede farmaceutica”.*

*Spettava, invece, a Roma Capitale verificare, in vista del rilascio dell'autorizzazione di propria competenza, che non sussistessero o che fossero state rimosse eventuali cause di incompatibilità all'apertura e all'esercizio della farmacia. Ed è proprio in questo snodo dell'attività amministrativa che è stato correttamente individuato il vizio che ha portato all'esercizio dell'autotutela, atteso che l'autorizzazione è stata rilasciata in forza della dichiarazione resa dalla dott.ssa [REDACTED] la quale ha affermato di non versare in alcuna delle situazioni enunciate all'articolo 13 della legge n. 475 del 1968, nonostante non avesse presentato le proprie dimissioni dall'impiego di professore associato a tempo pieno.*

*Discende da quanto ora esposto che l'autorizzazione all'apertura e all'esercizio della farmacia risulta effettivamente illegittima, per la presenza di un vizio genetico, mentre spetta alla Regione – non evocata nel presente giudizio – la valutazione delle conseguenze dell'impossibilità di esercitare la farmacia, a seguito dell'annullamento dell'autorizzazione, in relazione alla disposta assegnazione della sede”.*

Ne consegue che, come correttamente ritenuto dal TAR, *“il termine di diciotto mesi per l'esercizio del potere di autotutela risulta essere stato rispettato, atteso che l'autorizzazione del 26 settembre 2017 è stata rimossa dall'Amministrazione con l'ordinanza del 27 giugno 2018, ossia a distanza di circa nove mesi dalla sua emanazione”.*

I rilievi svolti in appello, che riprendono la prospettazione dedotta dinanzi al TAR, non consentono di superare le condivisibili statuizioni del primo giudice.

La doglianza va quindi respinta.

14. - Con il primo profilo del terzo motivo lamenta l'appellante l'erroneità della sentenza di primo grado che ha respinto la censura relativa alla mancata ponderazione degli interessi; con il secondo profilo lamenta, invece, l'omessa pronuncia sulla rilevanza del parere della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli Affari Giuridici e



Legislativi del 21 dicembre 2012, secondo cui a seguito della nuova disciplina dettata dall'art. 10 della L. n. 183/2011 “devono ritenersi superati i limiti imposti dall'art. 8, co. 1 lett. c) della legge n. 362 del 1991, sia per quanto riguarda i tipi sociali considerabili, che per quanto riguarda l'incompatibilità a svolgere qualsiasi rapporto di lavoro pubblico o privato”.

Quest'ultimo profilo si appalesa connesso con il quarto motivo di appello e va conseguentemente esaminato unitamente ad esso.

14.1 - Per quanto concerne il primo profilo, l'appellante ha dedotto che sarebbe mancata l'evidenziazione di un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento, enucleato alla luce della ponderazione di tutti gli interessi coinvolti, comprendenti quello della collettività servita dalla farmacia, nonché le specifiche posizioni d'interesse delle parti private coinvolte, tra le quali figurano la Farmacia [REDACTED] s.a.s. e la dott.ssa [REDACTED]

14.2 - Tale doglianza non può essere condivisa.

Correttamente il giudice di prime cure ha sottolineato che *“l'autorizzazione è stata rilasciata sulla base di una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, resa dalla dott.ssa [REDACTED] recante l'attestazione di circostanze obiettivamente non veritiere, ossia l'assenza delle situazioni indicate quali cause di incompatibilità dall'articolo 13 della legge n. 476 del 1968.*

*In una tale situazione, l'Amministrazione non avrebbe potuto esimersi dal provvedere in autotutela, stante il chiaro disposto del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (“Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa”), il quale prevede, all'articolo 75 – peraltro espressamente richiamato nelle premesse del provvedimento impugnato – che qualora “emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera”.*

Come ha correttamente rilevato il primo giudice, la suddetta previsione normativa costituisce, del resto, il punto di emersione del principio di autoresponsabilità, che è il cardine fondamentale dell'intera disciplina in materia di dichiarazioni sostitutive. In forza di tale principio, al privato è precluso di trarre qualsivoglia vantaggio da dichiarazioni obiettivamente non rispondenti al vero, per cui l'Amministrazione è vincolata ad assumere le conseguenti determinazioni, senza alcun margine di discrezionalità, e a prescindere dal

profilo soggettivo del dolo o della colpa del dichiarante (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2017, n. 1172; Id., 3 febbraio 2016, n. 404).

Per questa ragione, Roma Capitale non avrebbe neanche potuto prendere in considerazione la specifica posizione di interesse della dott.ssa [REDACTED] della Farmacia [REDACTED] s.a.s. Da un lato, infatti, l'esercizio dell'autotutela era doveroso, come sopra detto; dall'altro lato, l'autorizzazione rilasciata alla dott.ssa [REDACTED] alla dott.ssa [REDACTED] era unica e inscindibile, per cui le vicende relative alle dichiarazioni rese da una delle titolari non potevano che coinvolgere necessariamente anche l'altra, mentre l'annullamento nei confronti di una soltanto delle predette farmaciste non era neppure ipotizzabile.

Per le stesse ragioni, l'Amministrazione non avrebbe potuto farsi carico neanche della posizione della società gestita dalle due farmaciste e delle ricadute sul relativo personale dipendente.

14.3 - Quanto, poi, alle conseguenze del provvedimento nei confronti della collettività servita dalla farmacia, è sufficiente rilevare che – come evidenziato da Roma Capitale nella nota del 18 giugno 2018 – la sede farmaceutica, prevista nella pianta organica, “sarà rimessa a bando per una nuova assegnazione”, con la conseguenza che dal provvedimento non deriva alcun pregiudizio per la collettività non avendo alcuno specifico interesse a che la farmacia sia gestita da un particolare soggetto.

Tali principi pienamente – che richiamano principi costantemente affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato – non possono essere superati dalla deduzioni di parte appellante.

14.4 - Neppure può ritenersi (per le ragioni in seguito espresse in sede di disamina del quarto motivo di appello, a cui si fa rinvio) che la problematica relativa all'autodichiarazione resa dalla prof. [REDACTED] possa superarsi in base al parere reso dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri del 12 dicembre 2012 in precedenza richiamato.

La doglianza va, complessivamente, rigettata.

15. - Con il quarto motivo l'appellante ha censurato il capo di sentenza che aveva rigettato il quarto motivo di ricorso di primo grado, con il quale aveva rappresentato che la prof.ssa [REDACTED] essendo socia accomandante della Farmacia [REDACTED], non coinvolta nella direzione tecnica della farmacia, non sarebbe stata soggetta al divieto disposto

dall'art. 8, comma 1, lett. c) della legge n. 362/1991, che prevede l'incompatibilità della gestione della farmacia "con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato", in quanto tale incompatibilità non si applicherebbe ai meri soci di capitali.

Con tale doglianza la parte ricorrente aveva aggiunto che non sarebbe stato applicabile neppure l'art. 13 della L. n. 475 del 1968 secondo cui "Il titolare di una farmacia ed il direttore responsabile, non possono ricoprire posti di ruolo dell'amministrazione dello Stato, compresi quelli di assistente e titolare di cattedra universitaria, e di enti locali o comunque pubblici, né esercitare la professione di propagandista di prodotti medicinali.

Il dipendente dello Stato o di un ente pubblico, qualora a seguito di pubblico concorso accetti la farmacia assegnatagli, dovrà dimettersi dal precedente impiego e l'autorizzazione alla farmacia sarà rilasciata dopo che sia intervenuto il provvedimento di accettazione delle dimissioni": tale disposizione normativa – fondata sul presupposto della coincidenza tra la titolarità e la gestione della farmacia – sarebbe stata abrogata implicitamente, per incompatibilità, dalla legge n. 362 del 1991, che ha superato la regola della suddetta coincidenza.

15.1 - La censura è stata respinta dal TAR richiamando la specificità della disciplina relativa al concorso straordinario, applicabile al caso di specie, come sottolineato nel parere della Commissione Speciale di questo Consiglio di Stato n. 69/2018.

Nella sentenza di primo grado il TAR ha rilevato che nel ricorso si sosteneva la totale estraneità della dott.ssa [REDACTED] "alla titolarità e alla gestione del servizio farmaceutico", sottolineando, tuttavia, che "la predetta farmacista ha ottenuto l'assegnazione della sede farmaceutica avvalendosi della previsione dell'articolo 11, comma 7, del decreto legge n. 1 del 2012, ove si stabilisce una correlazione necessaria tra co-titolarità e co-gestione della farmacia, per un periodo di almeno tre anni, quale conseguenza della partecipazione congiunta alla procedura per l'assegnazione della sede.

L'allegata estraneità della dott.ssa [REDACTED] alla conduzione della farmacia non è, perciò, affatto consentita dal quadro normativo vigente e non può, conseguentemente, costituire un utile argomento per invocare la ritenuta inapplicabilità alla suddetta farmacista delle cause di incompatibilità operanti nei confronti dei titolari coinvolti nella gestione".

15.2 - Il TAR ha poi aggiunto, per replicare alla specifica doglianza proposta, di non condividere la tesi secondo cui "nei confronti dei soci che non partecipano alla gestione non

*opererebbero le incompatibilità normativamente prescritte rispetto alla titolarità di rapporti di lavoro (articolo 8, comma 1, lett. c), della legge n. 362 del 1991) e alla posizione di professore universitario (articolo 13 della legge n. 475 del 1968)”*indicandone le ragioni.

15.3 - Ne deriva, innanzitutto, che la decisione del TAR si fonda, essenzialmente sulla disciplina speciale relativa al concorso straordinario che prevede la necessaria co-titolarità e la co-gestione in caso di partecipazione in associazione alla procedura concorsuale, mentre la confutazione della tesi attorea relativa alla portata innovativa della L. n 124 del 2017 e alla sua ricaduta sulla fattispecie in esame, è stata esaminata da parte del TAR solo in via aggiuntiva.

16. - Nell'appello l'appellante si dilunga essenzialmente su quest'ultima questione sostenendo che il primo giudice non avrebbe tenuto conto delle modifiche apportate dall'art. 1, comma 160, della legge n. 124/2017 che ha modificato gli artt. 7 e 8 della L. n. 362/1991 per adeguare la normativa interna in materia di apertura e di gestione della farmacia alla normativa eurounitaria a tutela della concorrenza e del mercato, sottolineando che l'art. 7 - relativo alla “Titolarietà e gestione della farmacia” avrebbe previsto l'incompatibilità per i soli medici e per i propagandisti di medicinali, con la conseguenza che sarebbe stata abrogata l'incompatibilità prevista in precedenza per i dipendenti pubblici e privati”.

L'appellante ha quindi richiamato i principi espressi dalla giurisprudenza secondo cui non sussiste incompatibilità laddove il dipendente sia titolare di una quota del patrimonio sociale di una persona fisica, svolgente attività commerciale, ed alla titolarità della quota non siano connessi compiti di gestione per la realizzazione dell'oggetto sociale (cfr. Cons. Stato, n. 652/1982), sottolineando che “l'assunzione di cariche gestionali è ritenuta elemento oggettivo e automatico atto a perpetrare l'incompatibilità, senza che necessiti una valutazione sulla intensità dell'impegno e sui riflessi negativi riscontrabili sul rendimento del servizio e sull'osservanza dei doveri di ufficio” (Cass. n. 967/2006), con la conseguenza che laddove l'assunzione di poteri gestori non sussiste non vi rinvia neppure l'incompatibilità.

L'appellante ha quindi ricordato che l'incompatibilità per i dipendenti pubblici e privati è prevista dall'art. 8 comma 1, lett. c) in relazione alla “gestione della società” e che – di

conseguenza – l'incompatibilità di cui alla lett. c) non può riferirsi alla condizione di dipendente pubblico o privato titolare semplicemente di quote sociali, ma implica lo svolgimento da parte di costoro di attività di gestione della farmacia.

Da ciò deriverebbe, secondo l'appellante, che la norma dell'art. 13 della L. n. 475/68 dovrebbe essere interpretata in conformità con la normativa sopravvenuta e che, quindi, l'incompatibilità per il docente universitario sussisterebbe solo ove fosse non solo titolare di quote societarie, ma anche gestore, amministratore della società titolare della farmacia.

Non essendo la prof. ██████████ gestore della farmacia non sarebbe rinvenibile nei suoi confronti alcuna incompatibilità, né tantomeno alcuna falsa dichiarazione.

16.1 - Nella memoria difensiva, redatta dopo la pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 11 del 5 febbraio 2020, l'appellante ha insistito nelle proprie tesi difensive incentrate sull'interpretazione degli artt. 7 e 8 della L. n. 362/91, come modificati per effetto della L. 124/2017 e sulla interpretazione dell'art. 13 della L. n. 475/68 in modo compatibile con la predetta interpretazione, sottolineando che la Corte Costituzionale avrebbe confermato la correttezza della propria impostazione.

Ha anche precisato, in aggiunta al richiamo testuale alla motivazione della sentenza della Corte Costituzionale, l'applicabilità di tali principi alla controversia in questione rappresentando che l'eccezione di incostituzionalità era stata sollevata da due distinti Collegi arbitrali in relazione a controversie avviate da “docenti universitarie” all'esito di procedure concorsuali e della eccepita loro incompatibilità quali socie delle società autorizzate alla gestione delle relative farmacie, ai sensi della lett. c) del comma 1 dell'art. 8 della L. n. 475/68 e dunque in relazione a fattispecie identiche a quella in esame.

17. - La prospettazione di parte appellante, benchè suggestiva e molto ben articolata, non può essere condivisa.

17.1 - Innanzitutto è opportuno sottolineare che la sentenza di primo grado si fonda su un presupposto che non risulta scalfito in sede di appello, neppure alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n.11/2020, presupposto che è stato ben sottolineato dalla Commissione Speciale di questo Consiglio di Stato n. 69/2018 e che è stato riaffermato – sia pure a fini diversi – dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato n. 1/2020: quello della specificità della normativa che regola la fattispecie in esame, atteso che la

presente controversia - relativa all'annullamento dell'autorizzazione all'apertura della farmacia -, si riferisce ad una sede farmaceutica assegnata in associazione a due farmacisti con obbligo di co-gestione per un minimo di tre anni, a seguito del concorso straordinario ex art. 11 D.L. n. 1/2012.

Correttamente il TAR ha richiamato i principi espressi dalla Commissione Speciale relativi alla eccezionalità di tale modalità selettiva, sia perché basata sulla mera comparazione dei titoli, sia in quanto reca particolari forme di agevolazione dell'ammissione, consentendo la partecipazione associata dei concorrenti, attribuendo il vantaggio di concorrere cumulando i propri titoli con quelli posseduti da altri aspiranti.

Tale possibilità viene, tuttavia, subordinata dal legislatore al rispetto di taluni vincoli, che condizionano il mantenimento della titolarità della sede farmaceutica assegnata. I vincitori del concorso straordinario che hanno partecipato in gestione associata devono infatti garantire che tale forma di gestione permanga per un periodo non inferiore ai tre anni dalla data di autorizzazione all'esercizio della farmacia e che la gestione si svolga tra essi su base paritaria (punto 21).

Nel successivo punto 23 del parere la Commissione Speciale ha rappresentato che in seguito alla vincita del concorso straordinario possono essere costituite società di capitali "purché sia pienamente rispettata la chiara prescrizione incentrata sulla conservazione della gestione paritaria per tre anni, da parte dei soggetti che, associandosi, hanno partecipato al concorso".

17.2 - I medesimi principi sono stati ribaditi anche dall'Adunanza Plenaria n. 1/2020 che, in particolare, ha rilevato 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 o di capitali) espressione degli stessi (...) farmacisti vincitori del concorso ed assegnatari della sede, che sarà in grado di garantire la gestione paritetica della farmacia con vincolo temporale di almeno tre anni (art. 11, comma 7, del D.L. n. 1/2012)" (par. 21.4).

"I singoli farmacisti possono aspirare alla gestione associata della sede, come prevede l'art. 11, comma 7, del D.L. n. 1 del 2012, "sommando i titoli posseduti" e la loro

partecipazione associata al concorso straordinario, sulla base di un accordo inteso alla futura gestione” (...) associata della sede agognata” (punto 22.5).

L'Adunanza Plenaria ha quindi precisato, in sintesi, che “i farmacisti concorrenti per la gestione associata otterranno personalmente e pro indiviso, per così dire, la sede messa a concorso, salvo poi essere autorizzati alla titolarità dell'esercizio in una forma giuridica, tra quelle previste dall'art. 7 comma 1, della L. n. 362/1991, che consenta l'esercizio in forma collettiva dell'attività imprenditoriale e la gestione paritetica per almeno tre anni” (par. 22.8).

17.3 - Nella sentenza n. 2804/2019 questa Sezione – richiamando il parere della Commissione speciale n. 69/2018 -, ha affermato che in seguito alla vincita del concorso straordinario possono essere costituite società di capitali purchè “sia pienamente rispettata la chiara prescrizione incentrata sulla conservazione della gestione paritaria per tre anni, da parte dei soggetti che, associandosi, hanno partecipato al concorso”.

17.4 - Ne consegue che, come chiaramente espresso sia dalla Commissione Speciale nel parere citato, sia dall'Adunanza Plenaria n. 1/2020 e dalla giurisprudenza della Sezione la disciplina speciale relativa al concorso straordinario prevede necessariamente la gestione associata dei vincitori del concorso che hanno partecipato in associazione, cumulando i rispettivi titoli, per almeno tre anni.

Se così non fosse, infatti, potrebbero verificarsi fenomeni elusivi della disciplina straordinaria che in deroga alle normali regole concorsuali, ha consentito la cumulabilità dei titoli condizionatamente, però, alla gestione congiunta e paritaria tra gli associati.

17.5 - In relazione al capo di sentenza (§ 15.1) che richiamava la specifica disciplina applicabile alla controversia in esame (art. 11 d.l. 1/2012) l'appellante si è limitata a rilevare che l'autorizzazione rilasciata alla due socie della società Farmacia ██████████ andrebbe letta alla luce della nuova normativa che fa divieto al pubblico dipendente di svolgere attività commerciali, e non già di essere titolare dell'autorizzazione all'apertura della farmacia, se la gestione è svolta in conformità alla lett. a) del novellato art. 8 citato; l'inciso “in quanto compatibile” contenuto nell'art. 7, indicherebbe che la titolarità del diritto all'apertura della farmacia sarebbe lecita, se a favore del dipendente pubblico o privato, risultato vincitore della procedura concorsuale, non viene riconosciuto anche il diritto di

iniziativa economica per lo svolgimento della relativa attività commerciale, diritto in questo caso riconosciuto solo alla società ██████████, di cui la dott.ssa ██████████ è accomandataria, e non anche alla Prof. ██████████ che è solo socia accomandante.

Nell'atto di appello è stato inoltre precisato che, nel caso di specie, la titolarità e la gestione della farmacia sarebbero scisse, mentre la sentenza appellata avrebbe affermato erroneamente l'esistenza di una correlazione tra co-titolarità e co-gestione della farmacia.

Nella memoria la parte appellante ha poi richiamato la sentenza della Corte Costituzionale n.11/2020 laddove ha ritenuto che *“l'incompatibilità con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato, se era coerente con il precedente modello organizzativo – che, allo scopo di assicurare che la farmacia fosse comunque gestita e diretta da un farmacista, ne consentiva l'esercizio esclusivamente a società di persone composte da soci farmacisti abilitati, a garanzia dell'assoluta prevalenza dell'elemento professionale su quello imprenditoriale e commerciale –, coerente (quella incompatibilità) non lo è più nel contesto del nuovo quadro normativo di riferimento che emerge dalla citata legge n. 124 del 2017, che segna il definitivo passaggio da una impostazione professionale-tecnica della titolarità e gestione delle farmacie ad una impostazione economico-commerciale. Innovazione, quest'ultima, che si riflette appunto nel riconoscimento della possibilità che la titolarità nell'esercizio delle farmacie private sia acquisita, oltre che da persone fisiche, società di persone e società cooperative a responsabilità limitata, anche da società di capitali; e alla quale si raccorda la previsione che la partecipazione alla compagine sociale non sia più ora limitata ai soli farmacisti iscritti all'albo e in possesso dei requisiti di idoneità. Ragion per cui non è neppure più ora indispensabile una siffatta idoneità per la partecipazione al capitale della società, ma è piuttosto richiesta la qualità di farmacista per la sola direzione della farmacia: direzione che può, peraltro, essere rimessa anche ad un soggetto che non sia socio.*

*Essendo, dunque, consentita, nell'attuale nuovo assetto normativo, la titolarità di farmacie (private) in capo anche a società di capitali, di cui possono far parte anche soci non farmacisti, né in alcun modo coinvolti nella gestione della farmacia o della società, è conseguente che a tali soggetti, unicamente titolari di quote del capitale sociale (e non altrimenti vincolati alla gestione diretta da normative speciali), non sia pertanto più riferibile l'incompatibilità «con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico privato», di cui alla lettera c) del comma 1 dell'art. 8 della legge n. 362 del 1991”.*

18. - La prospettazione di parte appellante non può essere condivisa alla luce della stessa sentenza della Corte Costituzionale n. 11/2020 sopra richiamata.



In tale decisione, infatti, la Corte Costituzionale al punto 4.1 ha ricordato che l'art. 8 della legge n. 362 del 1991, nel testo modificato in parte qua dalla legge n. 124 del 2017, “riferisce l'incompatibilità (con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico o privato) di cui alla denunciata lett. c) del suo comma 1, al soggetto che gestisca la farmacia” con l'aggiunta, però, “(o che, in sede di sua assegnazione, ne risulti associato, o comunque coinvolto, nella gestione)”: la Corte ha quindi confermato (ai fini dell'incompatibilità in questione) l'identità di condizione in cui versano il socio che gestisce la società e quello che “in sede di assegnazione ne risulti associato, o comunque coinvolto nella gestione”.

Tale concetto è stato ribadito dalla Corte laddove ha precisato che in caso di titolarità di farmacie (private) in capo anche a società di capitali, per i soggetti, “unicamente titolari di quote del capitale sociale (e non altrimenti vincolati alla gestione diretta da normative speciali)”, non sia più “riferibile l'incompatibilità «con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico privato», di cui alla lettera c) del comma 1 dell'art. 8 della legge n. 362 del 1991”: con tale affermazione si ribadisce il concetto in precedenza espresso, secondo cui non sussiste l'incompatibilità ex art. 8 comma 1, lett. c) cit. in capo ai soci unicamente titolari di quote del capitale sociale “e non altrimenti vincolati alla gestione diretta da normative speciali”.

18.1 - Da ciò deriva, ex converso, che l'incompatibilità derivante dal rapporto di lavoro pubblico o privato sussiste sia quando il socio di capitale gestisce la farmacia, sia quando il socio è vincolato, in base ad una normativa speciale, ad esercitare l'attività gestoria e, quindi, “quando in sede di sua assegnazione, ne risulti associato, o comunque coinvolto, nella gestione”, situazione che ricorre nel caso di specie, in base alla previsione recata dall'art. 11, comma 7 del d.l. n. 1/2012.

Nel caso del concorso straordinario, in base all'art. 11, comma 7, del d.l. n. 1/2012, peraltro, non solo sussiste il vincolo della gestione associata, ma tale gestione deve essere pure paritaria, come precisato dall'Adunanza Plenaria n. 1/2020, con la conseguenza che - nonostante la tipologia di società prescelta (sullo specifico punto si fa rinvio ai punti nn. 30 e 31 del parere della Commissione speciale n. 69/2018) - la prof.ssa [REDACTED] non può ritenersi estranea alla gestione della farmacia, essendo tenuta per legge alla co-gestione di essa per almeno tre anni per effetto della partecipazione congiunta alla procedura selettiva.

Sussiste, quindi, l'incompatibilità per la prof. [REDACTED] con la condizione di Professore Associato a tempo pieno presso il Dipartimento di Chimica e Tecnologie del Farmaco della Facoltà di Farmacia e Medicina presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

Il quarto motivo va quindi, respinto.

19. - Va invece dichiarato inammissibile, per difetto di rilevanza, il quesito formulato dall'appellante con il quinto motivo, dedotto in via subordinata, relativo all'interpretazione degli artt. 7 e 8 della L. n. 362/1991, atteso che l'incompatibilità discende dalla normativa speciale relativa al concorso straordinario che impone la gestione associata dalla farmacia.

20. - Infine l'intervenuta pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 11/2020 rende insussistente la necessità di disporre la sospensione del giudizio formulato con l'ultimo motivo di appello.

21. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va respinto e, per l'effetto, in conferma della sentenza appellata va respinto il ricorso di primo grado.

22. – Tenuto conto della novità della questione esaminata, sussistono i presupposti per disporre la compensazione delle spese del grado di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, in conferma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2020 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Stefania Santoleri**

**IL PRESIDENTE**  
**Roberto Garofoli**