Pubblicato il 09/03/2018

N. 02720/2018 REG.PROV.COLL.
N. 12801/2016 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 per il Lazio

(Sezione Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12801 del 2016, proposto da:
Gennaro Cosco, rappresentato e difeso dall'avvocato Romina Raponi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Piazzale Clodio 22;

contro

Regione Lazio, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Elisa Caprio, domiciliata in Roma, via Marcantonio Colonna, 27;
Ministero della Salute, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Fauto Corvino non costituito in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:
Andrea Cerullo, Carmela Mazzitello, rappresentati e difesi dall'avvocato

Romina Raponi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Piazzale Clodio 22;

per l'annullamento

in parte qua delle clausole illegittime inserite nella determina regionale G10605 del 22.9.2016di assegnazione della sede farmaceutica, nonché delle note ministeriali del 2.4.2015 e del 23.11.2012.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio e del Ministero della Salute;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2017 il dott. Fabio Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con atto (n. 12801/2016) il sig. Gennaro Cosco ha adito questo Tribunale per l'annullamento della determinazione regionale G10605 del 22 settembre 2016 che ha disposto in suo favore ed ai sigg.ri Andrea Cerullo e Carmela Mazzitello l'assegnazione della sede farmaceutica n. 829 all'esito del concorso indetto con determinazione della Regione lazio del 18.10.2012, nella parte in cui prevede sia l'impossibilità di divenire titolare di due sedi farmaceutiche, sia l'obbligo di scelta nel caso in cui il farmacista risulti vincitore di concorso in due differenti regioni, sia la conseguente decadenza dalla scelta effettuata ove un solo partecipante associato divenga titolare di altra sede di farmacia, nonché, infine, nella parte in cui ha previsto l'assegnazione condizionata all'esito del contenzioso giurisdizionale amministrativo in materia pendente, e la rinuncia ad ogni pretesa in caso di esito sfavorevole della fase giurisdizionale. Rivolge, infine, la presente impugnativa anche al bando di

concorso ove interpretato in senso a lui sfavorevole ed alla nota del Ministero della salute del 23.11.2012.

Premette di aver partecipato in forma associata con i predetti sigg.ri Andrea Cerullo e Carmela Mazzitello al concorso indetto dalla Regione Lazio per soli titoli per la copertura di n. 279 sedi farmaceutiche di nuova istituzione e vacanti e di essersi collocato al posto n. 62 della graduatoria con punti n. 43,9 e di aver anche partecipato unitamente ai suoi associati al concorso indetto dalla Regione Calabria per l'assegnazione di 91 sedi farmaceutiche all'esito del quale l'associazione "Cosco" è stata collocata al posto n. 59 della graduatoria finale con punti n. 43,5.

Precisa che l'interpello successivamente indetto dalla Regione Calabria è stato oggetto di contenzioso giurisdizionale allo stato pendente e che la stessa Regione Lazio odierna intimata con determinazione del 26.2.2016 ha proceduto anch'essa all'indizione dell'interpello tra i candidati vincitori.

Afferma che all'esito della fase di interpello la Regione Lazio ha proceduto all'assegnazione di n. 200 sedi farmaceutiche tra cui quella in favore dell'associazione Cosco, la quale, nonostante la previsione di una serie di clausole e condizioni, odiernamente gravate, ha provveduto all'accettazione di tale assegnazione.

Riferisce di aver inoltrato alla Regione Lazio tempestiva istanza di modifica di tali clausole e condizioni senza ricevere alcun riscontro e di aver provveduto ad adire l'intestato Tribunale deducendo le seguenti censure:

a)Violazione e falsa applicazione dell'art. 112 del r.d. n. 1265/1934, degli artt. 11 e 12 della legge n. 465/1968; dell'art. 11 del d.l. n. 1/2002, degli artt. 7 e 8 della legge n. 362/1991, dell'art. 7, comma 4 quater del d.l. n. 192/2004; degli artt. 1 e 3 della legge n. 241 del 1990; violazione dell'art. 39 del Trattato CEE e del bando di concorso; eccesso di potere sotto differenti profili.

Lamenta, in sostanza, l'illegittimità della determinazione regionale nella parte in cui prevede:

l'impossibilità di divenire titolare di due sedi farmaceutiche con previsione di opzione per i vincitori di concorso in due differenti regioni, sia la conseguente decadenza dalla scelta effettuata ove un solo partecipante associato divenga titolare di altra sede di farmacia, nonché, infine, nella parte in cui ha previsto l'assegnazione condizionata all'esito del contenzioso giurisdizionale amministrativo in materia pendente, la rinuncia ad ogni pretesa in caso di esito sfavorevole della fase giurisdizionale e nella parte in cui richiama la nota ministeriale del 2.4.2015 che ha espresso il contrasto tra la possibilità di divenire titolare di due sedi farmaceutiche ex art. 112 del r.d. 1265/1934, disciplinante il divieto di cumulo di due o più autorizzazione in una sola persona.

Lamenta, altresì, la determinazione gravata nella parte in cui richiamando l'art. 11, comma 7 del decreto legge, e prevede che i vincitori del concorso in forma associata potranno costituire una società ex art. 7 della legge n. 362/1991 rilevante unicamente ai fini della gestione con titolarità in capo congiuntamente ai soci.

Deduce che la Regione Lazio si è limitata a richiamare la disciplina normativa di cui al succitato art. 112 del r.d. n. 1265/1934 senza tener conto della normativa successivamente intervenuta.

b) Violazione di legge per contrasto con l'art. 39 del Trattato CEE; vioalzione del bando di concorso; eccesso di potere sotto differenti profili; violazione dei principi di imparzialità e razionalità e degli artt. 3 e 97 della Costituzione, atteso che:

b.1) la Regione Lazio, riguardo al bando di concorso indetto nel 2012 ha provveduto con notevole ritardo ad adottare le determinazioni finali in materia di assegnazione delle sedi anche mediante la previsione di clausole e condizioni volte ad evitare effetti connessi alla proposizione di istanze risarcitorie da parte dei partecipanti alla procedura selettiva, non costituendo giustificazione del ritardo accumulato il consistente numero di domande di partecipazione.

b.2) la Regione Lazio ha ritenuto di procedere ad assegnazioni delle sedi con riserva dietro accettazione di una condizione risolutiva espressa con previsione del carattere di definitività delle assegnazioni a seguito dell'esito sfavorevole di contenzioso proposto da altri partecipanti.

c) Violazione e falsa applicazione degli artt. 1322, 1218, 1229 c.c.; violazione degli artt. 2, 3 e 4 della Costituzione, tenuto conto della illegittimità e/o nullità della clausola della cd. accettazione con riserva unitamente alla previsione che il vincitore nulla potrà vantare in caso di esito sfavorevole conseguente al contenzioso pendente.

d) Illegittimità della clausola condizionante l'accettazione alle verifiche antimafia che involge, secondo la prospettazione attorea, non la fase dell'assegnazione della sede, bensì quella successiva dell'autorizzazione all'apertura dell'esercizio farmaceutico.

Si sono costituiti in giudizio la Regione Lazio ed il Ministero della Salute.

L'intimata autorità regionale ha eccepito in via pregiudiziale la declaratoria di inammissibilità del ricorso per omessa notifica dello stesso agli altri due componenti l'associazione, ovvero, per omessa impugnativa congiunta anche da parte di questi ultimi; ancora, sotto altro profilo, ha eccepito l'inammissibilità per difetto di contraddittorio nei confronti dei candidati utilmente collocati in graduatoria.

Si sono costituiti in qualità di interventori ad adiuvandum i sigg.ri Andrea Cerullo e Carmela Mazzitello.

Il Collegio ritiene, poi, di poter prescindere dalle introdotte eccezioni di inammissibilità, attesa l'infondatezza del ricorso.

Il ricorso è infondato e, pertanto, va respinto.

A tal proposito giova premettere che l'art. 112 del R.D. 27-7-1934 n. 1265 ("Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie", pubblicato nella Gazz. Uff. 9 agosto 1934, n. 186, S.O) dispone che *'L'autorizzazione ad aprire ed esercitare una farmacia è strettamente personale e non può essere ceduta o trasferita ad altri. È vietato il cumulo di due o più autorizzazioni in una sola persona.*

Chi sia già autorizzato all'esercizio di una farmacia può concorrere all'esercizio di un'altra; ma decade di diritto dalla prima autorizzazione, quando, ottenuta la seconda, non vi rinunzi con dichiarazione notificata al prefetto entro dieci giorni dalla partecipazione del risultato del concorso.

Nel caso di rinuncia l'autorizzazione è data ai concorrenti successivi in ordine di graduatoria e, in mancanza, è bandito un nuovo concorso".

In considerazione della citata disposizione il Collegio ritiene il provvedimento impugnato esente dalla denunciata censura atteso che, come si è sopra detto, risulta indiscutibilmente normato il divieto al cumulo dell'esercizio di due diverse sedi farmaceutiche.

Invero la ratio della norma di cui al divieto di cumulo di due o più autorizzazioni farmaceutiche in capo ad una sola persona, stabilito dall'art. 112, comma 1, r.d. 27 luglio 1934 n. 1265 è quella di impedire il sorgere di fenomeni di speculazione conseguenti alla concentrazione di più esercizi farmaceutici in capo ad uno stesso soggetto; tale disposizione, prevede che il soggetto autorizzato all'esercizio di una farmacia possa comunque concorrere per il conferimento di un'altra, dovendo, tuttavia - in caso di esito favorevole del concorso - rinunciare entro dieci giorni a quella di cui sia già titolare al fine di non incorrere nella decadenza dalla nuova assegnazione. Si tratta del c.d. principio dell'alternatività, volto a scongiurare la possibilità che un soggetto possa divenire contemporaneamente titolare di più esercizi farmaceutici, all'uopo imponendogli la scelta tra conservare la sede per la quale è già autorizzato oppure optare per quella conseguita all'esito del concorso.

Osserva, altresì, il Collegio come la previsione di una scelta in caso di partecipazione con esito favorevole a procedure selettive in due regioni differenti non possa che ritenersi applicabile anche alle forme di gestione associata contemplate dalla normativa di cui all'art. 11 del decreto legge n. 1/2012, che ha previsto, l'introduzione di una serie di misure finalizzate a potenziare il servizio farmaceutico mediante l'accesso alla titolarità delle

farmacie anche in forma associata, al fine di garantire una amplia partecipazione alle procedure concorsuali anche da parte di soggetti interessati di giovane età che non fossero, per evidenti ragioni anagrafiche, ancora in possesso di titoli adeguati tali da consentire loro una utile collocazione in graduatoria ai fini dell'assegnazione delle sedi farmaceutiche poste a concorso, diversamente costituendo una evidente disparità di trattamento, con specifico riferimento al regime delle incompatibilità, la previsione di condizioni ed obblighi ove considerata limitata solamente ai partecipanti alle procedure di assegnazione in forma individuale.

Peraltro, nella prospettiva delle riferite finalità perseguite dal legislatore volte al potenziamento del servizio farmaceutico ed a favorire l'accesso alla titolarità di sedi, la assentita partecipazione a procedure concorsuali anche in due regioni diverse, non può ritenersi in alcun modo un elemento legittimante l'assegnazione di più sedi, dovendosi considerare quella riferita una facoltà certamente limitata alla fase procedimentale della partecipazione alle procedure di concorso ma non anche a quella dell'assegnazione definitiva delle sedi farmaceutiche, poiché in linea e coerente con la finalità assolutamente logica e razionale di evitare concentrazioni o la riconducibilità di più sedi ad un unico soggetto o centro di interessi sia esso persona fisica o giuridica.

A tale riguardo, anche il rinvio operato dalla determinazione regionale alle note ministeriali innanzi citate deve prospettarsi, secondo il Collegio, privo dei profili di illegittimità asseriti dal ricorrente.

Come pure il mantenimento della gestione associata da parte dei partecipanti altro non può, ad avviso del Collegio, che considerarsi ictu oculi coerente con il favor partecipationis rispetto alla procedura di assegnazione di partecipanti in forme ed assetti differenti da quello individuale, mediante la sommatoria di punteggi o titoli da ciascuno di essi posseduto, non compatibile con condizioni postume di fatto tese a pervenire a forme di assegnazione a soggetti singoli.

Parimenti insuscettibili di positiva definizione sono le ulteriori residue censure rivolte alle clausole che parte ricorrente lamenta esser state richiamate nella determinazione regionale nell'epigrafe indicata condizionanti l'assegnazione definitiva della sede, dovendosi le stesse ritenere esser state poste a salvaguardia di eventuali effetti connessi ai giudicati all'atto dell'assegnazione non preventivabili.

Insuscettibili di positiva definizione devono, infine, considerarsi quelle censure rivolte al ritardo con cui l'ente regionale ha proceduto a concludere la fase delle assegnazione delle sedi rispetto alla data di indizione della procedura di copertura delle stesse, tenuto conto sia del consistente numero dei partecipanti cui è inevitabilmente conseguita una dilatazione dei tempi di conclusione del procedimento, peraltro, come già rilevato, caratterizzato anche da arresti procedimentali conseguiti all'instaurazione di innumerevoli ricorsi giurisdizionali, tali da ritenere insussistenti profili di responsabilità ascrivibili alla Regione intimata.

Per le considerazioni che precedono, il ricorso deve considerarsi infondato e pertanto va respinto, con compensazione, fra le parti in causa, delle spese ed onorari di giudizio a causa della peculiarità della controversia in esame.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Donatella Scala, Consigliere

Fabio Mattei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Fabio Mattei

IL PRESIDENTE
Salvatore Mezzacapo

IL SEGRETARIO