

Pubblicato il 27/03/2019

N. 00277/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00978/2018 REG.RIC.



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

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 978 del 2018, proposto da Elisa Gabriella Orlando, Sebastiano Scaminaci, rappresentati e difesi dall'avvocato Romina Raponi, con domicilio eletto presso il suo studio in Giustizia, Pec Registri;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Caltanissetta, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Iacona, con domicilio eletto presso il suo studio in Giustizia, Pec Registri; Presidenza del Consiglio dei Ministri e Assessorato Regionale della Salute, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Palermo, via Alcide De Gasperi, 81;

nei confronti

Antonella Petrina, Rosa Scarfone, Ordine Provinciale dei Farmacisti di Caltanissetta, nessuno dei quali è costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA – PALERMO, sezione III n. 2477/2018, resa tra le parti, concernente la delibera dell'ASP di Caltanissetta con la quale è stata dichiarata improcedibile l'istanza di riconoscimento della titolarità della farmacia n. 21 di Gela in favore dei ricorrenti nonché, ove necessario, del bando approvato con decreto 2782 del 24.12.2012 ove si ritenga che abbia vietato l'apertura di altra sede farmaceutica in altra regione

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Caltanissetta, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e della Regione Siciliana;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2019 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti l'avvocato Maria Beatrice Miceli, su delega dell'avvocato Romina Raponi, e l'avvocato dello Stato Fabio Caserta;

Premesso che:

- gli odierni ricorrenti hanno preso parte, in forma associata, alla procedura concorsuale per l'assegnazione di 222 sedi farmaceutiche bandite ai sensi del d.l. 1/2012, art. 11, dalla Regione Sicilia, risultando al 126° posto in graduatoria, come tali assegnatari della sede n. 21 sita in Gela;
- avendo tuttavia preso parte anche alla procedura concorsuale per l'assegnazione di 343 sedi farmaceutiche bandite dalla Regione Lombardia ed essendosi utilmente collocati in graduatoria ottenendo la sede n. 7 del Comune di Mariano Comense,

l'ASP di Caltanissetta ha dichiarato improcedibile la loro domanda di riconoscimento della titolarità e dell'autorizzazione all'apertura della farmacia n. 21 di Gela, ravvisando una causa di incompatibilità, essendo i ricorrenti già titolari di una farmacia in diversa regione;

- proposto ricorso avverso tale dichiarazione, deducendone l'illegittimità sotto vari profili, il Tar, con la sentenza 2477/2018, lo ha respinto, ritenendo che sussistesse l'incompatibilità di cui all'art. 8, co. 1, lett b) della l. 362/1991 e sul rilievo che la titolarità di altra farmacia possa essere (e debba essere intesa) sia individuale che condivisa, in tal senso richiamando il parere della Commissione speciale del Consiglio di stato 69/2018;

Considerato che:

- avverso la sentenza è proposto il presente appello deducendone l'erroneità in base (al presupposto implicito che gestione in forma associata equivalga a gestione in forma societaria e) all'assunto che non vi sarebbe alcun divieto per un socio di una società farmaceutica di essere socio anche di altra società e, quindi, di essere titolare di più farmacie, ciò per effetto delle modifiche intervenute dapprima nel 2006 e poi nel 2017. Il divieto richiamato di cui all'art. 8 sarebbe, dunque, da intendersi implicitamente abrogato per le società di capitali a seguito delle modifiche apportate con la l. 124/2017 e varrebbe solo per il titolare in forma individuale, ipotesi che qui non ricorrerebbe;

- le repliche della Regione e dell'Azienda sanitaria muovono dalla messa a fuoco delle finalità del concorso straordinario indetto sulla base dell'art. 11 del d.l. 1/2012, incentrato sul cumulo dei requisiti posseduti singolarmente, in funzione di facilitazione dell'accesso alla titolarità delle farmacie, (ma) senza che, tuttavia, la gestione associata ovvero in forma collettiva possa dar luogo ad un soggetto giuridico distinto (si intende, dai singoli farmacisti) per il quale non varrebbe il divieto, che ancora vige per i farmacisti individuali, di essere contitolare di più di una

farmacia, in tal senso richiamando anche taluni precedenti giurisprudenziali conformi;

- con ulteriori rilievi i ricorrenti chiedono che la questione interpretativa sia rimessa all'esame dell'Adunanza plenaria ovvero prospettano questioni di legittimità costituzionale ed euro-unitaria;

Ritenuto che:

- ai fini del decidere, anche in termini di eventuale incidente di costituzionalità o di pregiudiziale euro-unitaria, è necessario approfondire in quali modi sia stata data attuazione all'art. 11 del d.l. 1/2012, attraverso l'indizione e la gestione del concorso straordinario ivi previsto ai co. 4 e ss., da parte delle diverse Regioni, in particolare verificando se trovi conferma l'assunto di parte appellante secondo cui la maggior parte delle altre Regioni non avrebbero fatto applicazione del principio di incompatibilità, non imponendo di scegliere una sola sede come è invece accaduto per la Sicilia e che, anzi, vi sarebbero "moltissimi casi di assegnazione di una doppia sede ai medesimi farmacisti" (v., in particolare a p. 22 dell'appello);

- a tal fine il Collegio reputa di rivolgersi, ai sensi dell'art. 64, co. 3, c.p.a. al Ministero della Salute, in particolare alla Direzione competente (al coordinamento) sulla attività farmaceutica in generale, per acquisire elementi di conoscenza a tale ultimo riguardo, attraverso una documentata relazione di sintesi da depositarsi nella segreteria di questo Consiglio entro 30 giorni dalla comunicazione della presente ordinanza;

Riservata all'esito ogni decisione, in rito, nel merito e sulle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, dispone gli incumbenti istruttori di cui in motivazione nei confronti del Ministero della Salute;

rinvia per l'ulteriore trattazione della causa all'udienza pubblica del 10 luglio 2019, alle ore 10.30.

Manda alla Segreteria per le comunicazioni alle parti e al Ministero della Salute, nei confronti di quest'ultimo, anche a mezzo posta elettronica e per telefono.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere

L'ESTENSORE
Hadrian Simonetti

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO