

Publicato il 08/07/2024

N. 00505/2024REG.PROV.COLL.
N. 00231/2023 REG.RIC.
N. 00048/2024 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

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

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 231 del 2023, proposto da Valeria Di Benedetto, Daniela La Lumia, Marcella Falzone, in proprio e nella qualità di socie della “*Farmacia San Gregorio S.r.l.*”, rappresentati e difesi dagli avvocati Andrea Scuderi e Rosario Calanni Fracono, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Daniela Marrella, non costituita in giudizio;

nei confronti

Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro De Luca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Assessorato Regionale della Salute - Dipartimento Regionale per la Pianificazione Strategica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

Giovanni Fianza, Rosa Paternò, Venera D'Urso, Carmela Trifilò, non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 48 del 2024, proposto da Valeria Di Benedetto, Daniela La Lumia, Marcella Falzone, in proprio e nella qualità di socie della “**Farmacia** San Gregorio S.r.l.”, rappresentati e difesi dagli avvocati Andrea Scuderi e Rosario Calanni Fraconno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Assessorato Regionale della Salute, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria ex lege in Palermo, via Valerio Villareale, 6;
Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro De Luca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

quanto al ricorso n. 231 del 2023:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza) n. 3735 del 23 dicembre 2022, resa tra le parti.

quanto al ricorso n. 48 del 2024:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia n. 3224 del 3 novembre 2023, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento e di Assessorato Regionale della Salute;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2024 il Cons. Giuseppe Chinè e uditi per le parti gli avvocati come specificato nel verbale come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la sentenza n. 3735 del 23 dicembre 2022, oggetto di appello nel giudizio RG 231/2023, il TAR Sicilia, oltre a dichiarare improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse le domande di annullamento proposte con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti, ha accolto la domanda di accertamento spiegata dalla ricorrente Daniela Marrella con riferimento alla nota dell'ASP di Agrigento n. 171677 del 1° ottobre 2021, con la quale era stato archiviato il procedimento attivato per la dichiarazione di decadenza dell'assegnazione della XVI sede farmaceutica del Comune di Agrigento, nonché della determinazione dell'ASP di Agrigento n. 3919 del 16 novembre 2021 avente ad oggetto *“Riconoscimento della titolarità e del diritto di esercizio di **farmacia** – autorizzazione all'apertura e alla gestione della XVI sede farmaceutica urbana del Comune di Agrigento, sita in via Cavaleri Magazzeni n. 115 int. 7, assegnata con d.d.g. n. 216/2021 ai dottori Valeria Di Benedetto, Daniela La Lumia e Marcella Falzone, soci della Società **Farmacia San Gregorio S.r.l.**”*.

2. In particolare, il giudice di prime cure - dopo avere richiamato la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2022 e l'ivi enunciato principio in base al quale l'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a. richiede la sola dichiarazione della parte di avervi interesse a fini risarcitori, mentre non è necessario specificare gli elementi costitutivi della domanda risarcitoria, né tanto meno proporla nello stesso giudizio di impugnazione, fermo restando che la dichiarazione deve essere resa nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 c.p.a., a garanzia del contraddittorio nei confronti delle altre parti – ha preso atto della rituale proposizione da parte della ricorrente (memoria del 6 ottobre 2022) della manifestazione di interesse all'accertamento dell'illegittimità della mancata declaratoria di decadenza della predetta sede farmaceutica.

Pertanto, mettendo a fuoco la domanda di accertamento della illegittimità della nota dell'ASP di Agrigento n. 171677 del 1°10.21, comunicata alla ricorrente in data 25.11.21, con la quale la ASP di Agrigento ha archiviato il procedimento per la dichiarazione di decadenza dell'assegnazione della XVI sede farmaceutica del Comune di Agrigento, nonché della determinazione dell'ASP di Agrigento n. 3919 del 16.11.21, il TAR – richiamando precedenti in termini del Consiglio di Stato (segnatamente, la sentenza n. 6775 del 2 agosto 2022) – ha censurato la motivazione addotta dalla ASP a sostegno del provvedimento di archiviazione, secondo cui la controinteressata, nell'ambito del concorso straordinario per l'assegnazione di nuove sedi farmaceutiche, non avrebbe potuto essere esclusa o essere dichiarata decaduta, come preteso *ex adverso* dalla ricorrente, a causa della donazione alla figlia, già titolare di una quota di partecipazione pari al 10% nella medesima società, di una quota pari al 40% della società "**Farmacia Di Benedetto s.n.c. di Di Benedetto Giuseppina & Valeria**", titolare della seconda sede farmaceutica del Comune di S. Caterina Villarmosa (CL).

Secondo l'avviso della ASP di Agrigento, nel caso controverso non avrebbe potuto essere contestata la violazione dell'art. 12, comma 4, della legge 2 aprile 1968, n. 475, secondo cui "*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*", giacché questa norma non opererebbe a fronte di cessioni di quote di partecipazione societarie, bensì esclusivamente in caso di cessione della "**farmacia**". Altrimenti opinando, si determinerebbe una non consentita estensione analogica della disposizione normativa spregio della chiara interpretazione letterale della locuzione "*propria **farmacia***".

3. Con l'atto di appello in epigrafe (RG 231/2023), le odierne appellanti, in proprio e nella qualità di socie della "**Farmacia San Gregorio S.r.l.**",

impugnano, per la riforma e la sospensione in via cautelare dell'efficacia, la decisione di prime cure, articolando le seguenti doglianze:

I) *Difetto di pronuncia per contrasto tra richiesto e pronunciato; violazione dell'art. 112 c.p.c.; violazione del contraddittorio e difetto di motivazione; Irricevibilità per tardività del primo e terzo ricorso per motivi aggiunti al ricorso introduttivo di primo grado.* La sentenza di primo grado avrebbe ommesso di pronunciare sull'eccezione di irricevibilità dei primi e terzi motivi aggiunti, in quanto la ricorrente avrebbe dovuto impugnare, nell'ordinario termine di decadenza, il decreto dirigenziale n. 216 del 18 marzo 2021, senza attendere il pronunciamento della ASP di Agrigento sulla sua istanza di decadenza dell'assegnazione della XVI sede farmaceutica;

II) *Violazione degli artt. 30 e 34, comma 3, c.p.a.; difetto di motivazione; contraddittorietà e manifesta ingiustizia; inammissibilità della domanda.* Il TAR avrebbe errato a ritenere la sussistenza delle condizioni normative per accertare la illegittimità del provvedimento impugnato, in quanto la ricorrente non aveva alcun interesse al risarcimento del danno;

III) *Infondatezza nel merito del ricorso principale e dei motivi aggiunti proposti dall'appellata in primo grado.* La sentenza ha aderito a una errata interpretazione dell'art. 12 della legge n. 475 del 1968, in quanto detta disposizione, espressamente applicabile al "*farmacista che abbia ceduto la propria **farmacia***", non può essere estesa alla diversa fattispecie di cessione di quote di una società titolare di una **farmacia**.

4. Si sono costituiti in giudizio sia l'Assessorato regionale della salute, sia l'Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento.

Il primo, come la memoria depositata in data 25 aprile 2023, ha concluso affinché questo Consiglio di Giustizia Amministrativa voglia "*valutare secundum legem l'appello proposto dalle dottoresse Valeria Di benedetto, Daniela La Lumia e Marcella Falzone*".

La seconda, con la memoria depositata in data 4 maggio 2023, ha aderito all'appello, chiedendone l'accoglimento.

5. Con memoria depositata in data 8 maggio 2023 le odierne appellanti hanno illustrato ulteriormente le doglianze proposte e richiesto l'accoglimento della istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza gravata.

6. Con ordinanza n. 164 del 18 maggio 2023 la Sezione ha respinto, per difetto del presupposto del *periculum in mora*, l'istanza cautelare di parte appellante.

7. In prossimità dell'udienza pubblica di trattazione del gravame fissata per il 20 marzo 2024, sia le appellanti, sia l'ASP di Agrigento, hanno presentato memorie per illustrare meglio le rispettive tesi e replicare alla tesi avversarie.

9. Con la sentenza n. 3224 del 3 novembre 2023, oggetto di appello nel giudizio RG 48/2024, il TAR Sicilia ha respinto, previa riunione, i ricorsi proposti rispettivamente dalla dottoressa Valeria Di Benedetto e dalle dottoresse Daniela La Lumia e Marcella Falzone, tutte anche nella qualità di socie della **Farmacia** San Gregorio S.r.l., per l'annullamento del provvedimento della ASL di Agrigento prot. 42271 del 13 marzo 2023, recante revoca della nota n. 171677 del 2021, e del DDG n. 264 del 2023, dell'Assessorato regionale della salute, di revoca dell'attribuzione della XVI sede farmaceutica di Agrigento, nonché la delibera del Commissario dell'ASP di Agrigento n. 648 del 6 aprile 2023, recante presa d'atto del DDG n. 264 del 2023.

A sostegno della decisione di reiezione il TAR ha statuito: *“Ritiene il Collegio che i provvedimenti adottati si pongano nel solco segnato dalla sentenza (i.e. n. 3735 del 2022) che, pur non contenendo una statuizione di annullamento, cionondimeno ha accertato l'illegittimità dell'assegnazione alle ricorrenti, non lasciando all'Amministrazione ulteriori margini di valutazione sul punto. In tal senso gli atti impugnati altro non*

rappresentano che il necessario adeguamento alla statuizione giudiziale, che spiega il proprio effetto conformativo sul successivo operato dell'Amministrazione”.

10. Con il secondo atto di appello in epigrafe (RG 48/2024), le odierne appellanti, in proprio e nella qualità di socie della “**Farmacia San Gregorio S.r.l.**”, impugnano, per la riforma e la sospensione cautelare dell’efficacia, la sentenza n. 3224 del 2023, articolando due motivi di censura:

I) *Violazione degli artt. 21-quinquies e 21-nonies della legge n. 241 del 1990 e successive modificazioni; violazione dell’art. 3 della stessa legge; eccesso di potere per difetto di motivazione; eccesso di potere per travisamento sotto altro profilo (motivi dichiarati infondati ai capi 1 – 4, 6, 6.1. e 9 della parte in diritto della sentenza appellata).*

II) *Eccesso di potere per contraddittorietà e violazione del principio di ragionevolezza (motivo dichiarato infondato ai capi 1 – 4, 7, 7.1. e 9 della sentenza appellata);*

III) *Violazione dell’art. 10-bis della legge n. 241 del 1990 e successive modificazioni; eccesso di potere per violazione dei principi di partecipazione e trasparenza (motivo dichiarato infondato ai capi 1 – 4, 8 e 9 della sentenza appellata).*

Parte appellante ha invece dichiarato di non proporre alcun motivo di appello avverso i capi della sentenza di primo grado 5, 5.1. e 5.2.

11. Si sono costituiti anche in tale giudizio di appello per resistere al proposto gravame sia l’Assessorato regionale della salute, sia l’ASP di Agrigento.

12. Prima della camera di consiglio per la trattazione della istanza cautelare tutte le parti hanno presentato memorie: l’Assessorato regionale rispettivamente in data 24 e 29 gennaio 2024; l’ASP di Agrigento in data 2 febbraio 2024; parte appellante in data 2 febbraio 2024.

13. Alla camera di consiglio del 7 febbraio 2024, fissata per la trattazione della istanza cautelare delle appellanti, queste ultime vi hanno rinunciato.

14. In vista della udienza pubblica di trattazione dell'appello, parte appellante e ASP di Agrigento, entrambe in data 16 febbraio 2024, hanno presentato memorie *ex art. 73 c.p.a.*

15. Alla udienza pubblica del 20 marzo 2024, entrambi gli appelli in epigrafe indicati sono stati trattenuti per la decisione.

DIRITTO

16. Preliminarmente il Collegio dispone la riunione degli appelli in epigrafe (RG 231/2023 e RG 48/2024) sussistendo evidenti elementi di connessione oggettiva e soggettiva.

17. Passando allo scrutinio delle doglianze formulate con l'atto di appello avverso la sentenza n. 3735 del 2022, con il primo motivo è stata riproposta in questo grado l'eccezione di irricevibilità del primo e del terzo ricorso per motivi aggiunti, sulla quale il TAR ha omesso di pronunciarsi.

Deduce sul punto parte appellante che la ricorrente in primo grado avrebbe dovuto impugnare tempestivamente il DDG n. 216 del 18 marzo 2021, recante assegnazione della XVI sede farmaceutica di Agrigento alle odierne appellanti in forma associata, senza attendere, come è avvenuto nel caso controverso, l'esito della istruttoria sulla istanza di decadenza del 18 agosto 2021.

17.1. Il motivo si palesa privo di pregio.

17.2. In primo luogo, risulta dagli atti del giudizio di primo grado che l'istanza in data 18 agosto 2021, inviata a mezzo raccomandata A.R. all'ASP di Agrigento – Servizio Farmaceutico, finalizzata alla declaratoria di decadenza della assegnazione della XVI sede farmaceutica ai sensi dell'art. 12 della legge n. 475 del 1968 non è stata inviata dalla ricorrente Daniela Marrella, bensì da tale Lorenzo Marrella.

In secondo luogo, è del pari pacifico in atti che l'ASP di Agrigento, dopo la ricezione della predetta istanza, ha deciso, con atto prot. 153452 del 2 settembre 2021, di avviare il procedimento per la verifica della sussistenza della segnalata causa di decadenza, svolgendo la relativa istruttoria.

Nell'ambito dell'istruttoria, l'odierna parte appellante ha esercitato i propri diritti partecipativi, producendo anche pareri legali a sostegno delle proprie tesi (v. parere legale del 10.09.2021).

In terzo luogo, con il provvedimento prot. 171677 del 1° ottobre 2021, l'ASP procedente ha concluso formalmente il procedimento di decadenza, motivando diffusamente in ordine alla insussistenza dei presupposti applicativi dell'art. 12 della legge n. 475 del 1968, recependo, nella sostanza, le tesi giuridiche sostenute in sede di istruttoria procedimentale dall'odierna parte appellata.

17.3. Ciò premesso sul piano fattuale, secondo pacifica giurisprudenza amministrativa, in linea di massima *"Non sussiste alcun obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta a ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto e lo strumento di tutela offerto (oggi dall'art. 117 c. p. a.). Il potere di autotutela si esercita discrezionalmente d'ufficio, essendo rimesso alla più ampia valutazione di merito dell'Amministrazione, e non su istanza di parte e, pertanto, sulle eventuali istanze di parte, aventi valore di mera sollecitazione, non vi è alcun obbligo giuridico di provvedere"* (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. II, 30 gennaio 2024, n. 947).

Soltanto in alcuni casi particolari, la giurisprudenza amministrativa ha invero affermato la natura doverosa dell'autotutela, in relazione a situazioni peculiari (cfr. Cons. Stato, sez. III 30 agosto 2022 n. 7561), affermando la sussistenza di un obbligo di provvedere sulla istanza di autotutela quando ragioni di giustizia e di equità richiedono l'adozione di un provvedimento espresso ovvero tutte le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni dell'Amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. II,

19 ottobre 2023, n. 9094; Id., sez. VI, 9 gennaio 2020 n. 183; Id., 14 maggio 2010, n. 3024).

17.4. Pronunciando su di un provvedimento di diniego di autotutela nei confronti di un atto divenuto inoppugnabile, questa Sezione ha affermato che, quando è equiparabile *quoad effectum* a un provvedimento meramente confermativo, con il quale l'amministrazione si limita a ribadire la decisione assunta nell'atto precedente, senza alcuna rivalutazione degli interessi, né nuovo apprezzamento dei fatti, né rinnovata istruttoria procedimentale, la relativa impugnazione, alla medesima stregua del provvedimento meramente confermativo, è inammissibile per carenza di interesse (cfr. C.G.A. 3 marzo 2023, n. 171).

17.5. Alla luce delle suesposte coordinate giurisprudenziali, l'eccezione di parte appellante si palesa infondata.

Nel caso di specie è pacifico in atti che l'ASP di Agrigento, ricevuta l'istanza del 18 agosto 2021, abbia deciso, senza esserne ovviamente obbligata, di avviare un procedimento finalizzato all'accertamento della segnalata causa di decadenza dell'assegnazione della XVI sede farmaceutica.

Nell'ambito di detto procedimento, l'Amministrazione ha compiuto una approfondita istruttoria procedimentale, nella quale anche l'odierna parte appellante è intervenuta, producendo specifici documenti a sostegno delle proprie tesi.

All'esito, con il provvedimento del 1° ottobre 2021, ha disposto l'archiviazione del procedimento, ritenendo insussistente la causa di decadenza di cui all'art. 12 della legge n. 475 del 1968.

Pertanto, detto provvedimento non può essere qualificato, con riferimento alla DDG n. 216 del 18 marzo 2021, recante assegnazione della XVI sede farmaceutica di Agrigento alle odierne appellanti in forma associata, alla stregua di un atto meramente confermativo.

Né può sostenersi, come erroneamente dedotto da parte appellante, che la ricorrente in primo grado, non avendo impugnato tempestivamente il provvedimento regionale di assegnazione della XVI sede farmaceutica di Agrigento, non avrebbe potuto gravare successivamente il provvedimento di archiviazione del procedimento di decadenza, per asserita carenza di interesse.

Ed invero, una volta che l'ASP di Agrigento ha deciso di attivare il procedimento finalizzato alla decadenza dell'assegnazione della sede farmaceutica per difetto di un requisito di partecipazione al concorso straordinario, il successivo provvedimento conclusivo del medesimo procedimento era certamente impugnabile da parte della dott.ssa Marrella, in quanto lesivo dei propri interessi.

Né la carenza di interesse può discendere dalla circostanza della mancata impugnazione del provvedimento regionale del 18 marzo 2021, in quanto, come peraltro risulta nel caso di specie poi avvenuto, una volta accertata in sede giurisdizionale la sussistenza della causa di decadenza, l'Amministrazione sarebbe stata tenuta a rideterminarsi in ordine alla assegnazione della citata sede farmaceutica.

17.6. In definitiva, i motivi aggiunti proposti nel giudizio di primo grado si palesano ricevibili.

18. Con il secondo motivo di appello, parte appellante denuncia la violazione degli artt. 30 e 34 c.p.a. nonché diversi profili di contraddittorietà, manifesta ingiustizia e inammissibilità, argomentando che il giudice di prime cure non avrebbe potuto pronunciarsi sulla domanda di accertamento dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati con il primo e terzo dei motivi aggiunti

Deduce, in particolare, che – avendo la ricorrente accettato l'assegnazione della sede farmaceutica di Pettineo – non residuava alcun interesse in capo alla stessa all'esercizio dell'azione risarcitoria.

18.1. Il motivo si palesa privo di pregio.

18.2. Risulta dagli atti che la ricorrente, con la memoria depositata nel giudizio di primo grado il 6 ottobre 2022, ha effettivamente comunicato di avere ottenuto l'assegnazione della sede farmaceutica di Pettineo in virtù del decreto n. 223 del 22 marzo 2022.

Con la medesima memoria, ha inoltre dichiarato di avere *“interesse all'accertamento dell'illegittimità dei provvedimenti con cui la P.A.: A) ha confermato l'assegnazione ai dottori Valeria Di Benedetto, Daniela La Lumia e Marcella Falzone (soci della Società “Farmacia San Gregorio s.r.l.”) della sede farmaceutica n. 16 del Comune di Agrigento; B) non ha inserito la suddetta sede farmaceutica (previa adozione del provvedimento di decadenza dei precedenti assegnatari) tra quelle disponibili per l'assegnazione con il quarto interpello (cui la ricorrente ha partecipato). A tal proposito, mercè il presente atto, la ricorrente dichiara di avere interesse all'accertamento dell'illegittimità dei suddetti provvedimenti ai fini risarcitori e in vista della proposizione di un'autonoma azione volta a conseguire il risarcimento (in via specifica o, in subordine, per equivalente) del danno subito. Ed invero, la dottoressa Marrella - a causa del mancato inserimento della sede di Agrigento tra quelle disponibili nel quarto interpello - ha optato (e si è vista assegnata) per una sede (Pettineo) rurale, avente valore nettamente inferiore rispetto appunto alla sede di Agrigento (sita presso un Comune capoluogo di Provincia, in un'area a forte vocazione turistica)”*.

18.3. Come puntualmente rammentato dal giudice di primo grado, la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2022, pronunciando sui presupposti per l'accertamento della illegittimità dell'atto amministrativo impugnato ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a., ha enunciato i seguenti principi di diritto:

- *“per procedersi all'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., è sufficiente dichiarare di avervi interesse a fini risarcitori; non è pertanto necessario specificare i*

presupposti dell'eventuale domanda risarcitoria né tanto meno averla proposta nello stesso giudizio di impugnazione; la dichiarazione deve essere resa nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 cod. proc. amm.";

- "una volta manifestato l'interesse risarcitorio, il giudice deve limitarsi ad accertare se l'atto impugnato sia o meno legittimo, come avrebbe fatto in caso di permanente procedibilità dell'azione di annullamento, mentre gli è precluso pronunciarsi su una questione in ipotesi assorbente della fattispecie risarcitoria, oggetto di eventuale successiva domanda".

In punto di presupposti per la sentenza di accertamento della illegittimità, l'Adunanza Plenaria ha invero spiegato che *“Per ottenere l'accertamento preventivo si palesa dunque sufficiente una semplice dichiarazione, da rendersi nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 cod. proc. amm., a garanzia del contraddittorio nei confronti delle altre parti, con la quale a modifica della domanda di annullamento originariamente proposta il ricorrente manifesta il proprio interesse affinché sia comunque accertata l'illegittimità dell'atto impugnato. Dal punto di vista processuale il fenomeno è inquadrabile nella c.d. emendatio della domanda, in senso riduttivo quanto al petitum immediato, non integrante pertanto un mutamento non consentito nell'ambito del principio della domanda, come evincibile dalla clausola di salvezza rispetto al c.d. divieto dei nova in appello previsto dall'art. 104, comma 1, cod. proc. amm., sopra richiamato. A sua volta, la dichiarazione di interesse risarcitorio in funzione dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato mira a provocare una pronuncia che seppur non modificativa della realtà giuridica, come invece quella demolitoria di annullamento, verte comunque su un'antecedente logico-giuridico dell'azione risarcitoria, per la quale è conseguentemente predicabile l'attitudine a divenire cosa giudicata in senso sostanziale ai sensi dell'art. 2909 del codice civile”* (punto 17.).

Per ciò che concerne l'interesse alla pronuncia di accertamento, ha precisato che: a) *“la dichiarazione è condizione necessaria ma nello stesso tempo sufficiente perché sorga l'obbligo per il giudice di accertare l'eventuale illegittimità dell'atto impugnato. Non occorre a questo scopo né che siano esposti i presupposti dell'eventuale domanda risarcitoria né tanto meno che questa sia in concreto proposta. L'accertamento di cui all'art. 34, comma 3, cod. proc. amm. va infatti coordinato con la disciplina processuale dell'azione di risarcimento contenuta nel codice del processo amministrativo, ed in particolare con il sopra richiamato art. 30, comma 5, cod. proc. amm., che consente di proporre la domanda risarcitoria "nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza";*

b) *“l'interesse risarcitorio ai fini di una pronuncia di accertamento di illegittimità dell'atto impugnato si correla al termine ultimo previsto dalla disposizione ora menzionata, in forza della quale è possibile promuovere giudizi in successione per ottenere quella "tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo" enunciata dall'art. 1 cod. proc. amm. quale principio fondamentale della giurisdizione amministrativa. Nella cornice così definita, contraddistinta da un'ampia possibilità di scelta per il privato di modulare la propria strategia processuale a tutela dei suoi diritti ed interessi, la manifestazione dell'interesse risarcitorio ai fini dell'eventuale azione di risarcimento dei danni dell'atto originariamente impugnato, ma per il cui annullamento è venuto meno l'interesse nel corso del giudizio, consente al medesimo privato di ricavare dal giudizio di impugnazione un'utilità residua, impeditiva della pronuncia in rito ex art. 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., nella futura prospettiva di una tutela per equivalente monetario che il codice consente di fare valere in separato giudizio” (punto 15.).*

18.4. La sentenza appellata risulta avere fatto corretta applicazione dei suesposti principi, di talché sfugge alle censure di parte appellante.

Ed invero, per escludere l'ammissibilità della domanda di accertamento spiegata dalla ricorrente con la memoria del 6 ottobre 2022 non può argomentarsi che quest'ultima aveva già accettato la sede farmaceutica di Pettineo, per la ragione di immediata evidenza che l'interessata, pur dichiarando di non avere più alcun interesse alla domanda di annullamento, ha manifestato espressamente l'intenzione di proporre, nei termini di legge, l'azione risarcitoria, indicandone il relativo perimetro.

A questo proposito ha invero dichiarato, con le modalità indicate dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2022, che *“a causa del mancato inserimento della sede di Agrigento tra quelle disponibili nel quarto interpello - ha optato (e si è vista assegnata) per una sede (Pettineo) rurale, avente valore nettamente inferiore rispetto appunto alla sede di Agrigento (sita presso un Comune capoluogo di Provincia, in un'area a forte vocazione turistica)”*.

In sintesi, il pregiudizio nella specie invocato dalla ricorrente è proprio quello correlato alla assegnazione di una sede farmaceutica meno redditizia e, pertanto, di minore valore sul mercato rispetto a quella agognata di Agrigento.

In virtù di detta dichiarazione, avente tutti i requisiti formali e sostanziali indicati dall'Adunanza Plenaria, sussistevano i presupposti perché il giudice di primo grado pronunciasse sulla illegittimità dei provvedimenti impugnati ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, comma 3, c.p.a.

19. Con il terzo e ultimo motivo, parte appellante censura la pronuncia di accertamento della illegittimità degli atti della ASP di Agrigento impugnati con i terzi motivi aggiunti, e segnatamente del provvedimento recante archiviazione del procedimento di decadenza in data 1° ottobre 2021, deducendone l'erroneità per violazione dell'art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968, come richiamato dall'art. 2, n. 6), del Bando del concorso straordinario per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione (DDG n. 2782 del 2012).

Deduce, in particolare, che la citata norma di legge - la quale stabilisce che non può risultare assegnatario per pubblico concorso di una sede farmaceutica il concorrente che abbia ceduto negli ultimi 10 anni “*la propria farmacia*” – non è applicabile alla diversa fattispecie di cessione di quote di società titolare di **farmacia**, nella quale non si verifica alcun trasferimento di azienda farmaceutica (che rimane nella titolarità della società).

19.1. Il motivo, pur suggestivo, non può essere condiviso dal Collegio.

19.2. La questione posta dalle appellanti risulta essere stata recentemente scrutinata e risolta dal Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2020, n. 229; Id., 2 agosto 2022, n. 6775; Id., 19 giugno 2023, n. 6016), enunciando i seguenti principi:

- la disciplina in tema di esercizi farmaceutici tende, in linea generale, a contemperare due esigenze, non sempre convergenti: quella alla organizzazione e funzionamento del servizio farmaceutico secondo modalità tali da garantire la sua conformazione a *standards* qualitativi adeguati, tenuto conto delle implicazioni che esso presenta rispetto alla tutela della salute degli utenti, da un lato, e quella dei titolari degli esercizi farmaceutici a perseguire idonei livelli di redditività nell’attività farmaceutica, nell’esercizio del diritto di iniziativa economica di cui essa costituisce espressione, dall’altro;

- l’art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968 rispecchia siffatto ordine di valutazioni legislative, emergendo da essa la tensione – che il legislatore ha inteso comporre attraverso la soluzione “*compromissoria*” del decennio di sterilizzazione delle aspirazioni concorsuali del farmacista cedente – tra l’interesse del titolare dell’esercizio farmaceutico a “*monetizzare*” la posizione conseguita, senza per questo precludersi successive *chances* di nuova assegnazione, e quello pubblico a preservare la connotazione pubblicistica del servizio farmaceutico, depurandolo da profili di carattere meramente speculativo e commerciale;

- la *ratio* della predetta disposizione si spiega facilmente osservando che, ove la preclusione da essa prevista non operasse, la “*disponibilità*” degli esercizi farmaceutici, nel senso dell’affidamento della relativa titolarità, dipenderebbe in buona parte dai farmacisti titolari di **farmacia**, e sarebbe quindi sottratta alla dinamica concorsuale, potendo quelli decidere di cedere la **farmacia** (e così individuarne il nuovo titolare) e liberamente concorrere per una nuova assegnazione;

- la preclusione prevista dall’art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968 deve ritenersi applicabile non soltanto alla cessione da parte del farmacista titolare individuale della **farmacia** (così come previsto dalla lettera della norma), ma anche quando tale cessione sia operata da una società di persone, e ciò sia per argomenti attinenti alla disciplina civilistica di dette società, sia in virtù di considerazioni più strettamente inerenti alla disciplina pubblicistica dell’attività farmaceutica;

- quanto al primo profilo, non vi è dubbio che l’assenza, nelle società di persone, della personalità giuridica, e quindi di una autonomia patrimoniale “*perfetta*”, non consenta di prefigurare una netta e rigida separazione tra il patrimonio sociale e quello dei singoli soci: ciò che trova limpida manifestazione nella regola (art. 2291, comma 1, c.c.) secondo cui “*nella società in nome collettivo tutti i soci rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali*” (salvo, per i soci, il *beneficium excussionis* ex art. 2304 c.c.); ne consegue che tutti gli elementi che compongono il patrimonio sociale, ivi compreso il diritto di esercitare la **farmacia** ed il compendio aziendale all’uopo destinati, non possono non ritenersi “*propri*” anche dei singoli soci: i quali, non a caso, detengono *uti singuli* il potere di decidere della alienazione di quel patrimonio, tanto più se incidente su elementi dello stesso strettamente connessi all’oggetto sociale (e quindi alla sopravvivenza della società); per queste ragioni, la Commissione speciale del Consiglio di Stato, con parere n. 69 del 3 gennaio 2018, ha affermato che “*alla responsabilità illimitata e solidale*

dei soci per le obbligazioni sociali corrisponde l'attribuzione ex lege (artt. 2257 e 2258 c.c.) del potere di amministrazione, che porta a ritenere ciascun socio compartecipe alla titolarità dell'esercizio farmaceutico"; pertanto, *"la soggettività giuridica delle società di persone non è idonea ad integrare uno schermo impenetrabile tra la società ed i soci"* (così, Cons. Stato, n. 229 del 2020);

- quanto al secondo, assume rilievo il disposto dell'art. 7, comma 2, secondo periodo, della legge n. 362 del 1991, nella formulazione vigente prima delle modifiche apportate dall'art. 5 del d.l. n. 223 del 2006, in base al quale *"sono soci della società farmacisti iscritti all'albo della provincia in cui ha sede la società, in possesso del requisito dell'idoneità previsto dall'art. 12 della legge 2 aprile 1968, n. 475 e successive modificazioni"*, norma da cui si desume la volontà del legislatore di riservare in via esclusiva ai farmacisti l'esercizio in forma associata dell'attività farmaceutica, di talché, in quella cornice normativa, la forma societaria, e segnatamente la società di persone composta da farmacisti, costituiva esclusivamente uno schema organizzativo, rilevante soltanto nei rapporti interni e in quelli con i terzi: detto in altri termini, *"l'attività di distribuzione farmaceutica, pur quando organizzata in forma societaria, 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"* (così Cons. Stato, n. 229 del 2020);

- di qui il corollario che, in un'ottica pubblicistica, il farmacista non dismetteva la sua rilevanza centrale allorché la **farmacia** fosse gestita dalla società di persone di cui il medesimo faceva parte, di talché la posizione del socio – farmacista non potrebbe non assumere rilevanza ai fini dell'applicazione dell'art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968;

- alla predetta conclusione si perviene facilmente facendo applicazione dei canoni della interpretazione funzionale della richiamata disposizione

legislativa, giacché lo scopo di evitare che il farmacista, cedendo la **farmacia**, si appropri, attraverso l'assegnazione di una sede farmaceutica in sede concorsuale, di una nuova **farmacia** (costituente la *ratio* dell'art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968) si rinviene anche laddove la cessione sia stata effettuata da una società di persone, a nulla ovviamente rilevando che in quest'ultimo caso il socio si appropri soltanto pro-quota dei medesimi vantaggi;

- le suesposte conclusioni non possono essere incise dagli interventi legislativi sopravvenuti che hanno fortemente innovato e liberalizzato la materia, eliminando vincoli e limitazioni inerenti la gestione delle farmacie in forma societaria, per tale via allontanando il modello gestionale societario da quello individuale, giacché essi non hanno abrogato, né espressamente, né tacitamente, la disposizione dell'art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968, né vi hanno introdotto deroghe per le cessioni di farmacie gestite da società di persone;

- non può avere, infine, rilievo decisivo, per sostenere la lettura restrittiva dell'art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968, il parere reso dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali n. 11361-P-23092009, secondo cui la donazione di quote di una società titolare di **farmacia** non rientrerebbe nell'alveo della disposizione citata, sia per la sua "*efficacia non provvedimentale*", sia per la "*non divisibilità della posizione interpretativa espressa, senza peraltro una motivazione diffusa*", la quale non tiene conto degli argomenti sviluppati nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, n. 6775 del 2022, punto 8).

19.3. A ciò deve essere aggiunto che, pronunciando sulla fattispecie di conferimento della **farmacia** a una società neocostituita (e, pertanto, di passaggio dal modello di titolarità individuale della **farmacia** a quello societario) e di successiva donazione delle quote sociali alla figlia del farmacista già titolare individuale della **farmacia**, il Consiglio di Stato ha accertato il carattere elusivo dell'operazione, in quanto diretta a permettere

al titolare individuale della **farmacia** di partecipare al concorso straordinario, senza incorrere nella causa escludente di cui all'art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968 (cfr. Cons. Stato, n. 6775 del 2022). Di qui la declaratoria di legittimità della decadenza disposta dall'Amministrazione dell'assegnazione della sede farmaceutica ottenuta dal farmacista cedente in sede concorsuale.

19.4. Sulla medesima lunghezza d'onda, pronunciando sulla trasformazione di una società di persone titolare di **farmacia** in società di capitali e sulla successiva cessione di quote di partecipazione al capitale sociale a terzi, il Consiglio di Stato ha censurato detta operazione, rilevandone la significatività ai sensi dell'art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968, e pertanto ha accertato la ricorrenza di una causa di esclusione dal concorso per l'assegnazione di nuove sedi farmaceutiche del farmacista già titolare delle quote della società di persone che deteneva la **farmacia**, giacché, diversamente opinando, *“si finirebbe per consentire l'aggiramento del divieto di cui all'art. 12, comma 4, attraverso una impropria giustapposizione di discipline solo in parte collimanti”* (cfr. Cons. Stato, n. 6016 del 2023).

19.5. Ciò posto sul piano della cornice normativa e giurisprudenziale in cui si incasella la presente controversia, risulta *per tabulas* che la dott.ssa Valeria Di Benedetto, odierna appellante, era socia, con una partecipazione del 40%, della *“Farmacia Di Benedetto s.n.c. di Di Benedetto Giuseppina e Valeria”* titolare della II sede farmaceutica urbana del Comune di Santa Caterina Villarmosa (CL) e ha ceduto la propria quota societaria, con atto di donazione in data 24 dicembre 2012, alla propria figlia, già titolare di una quota del 10% nella medesima società di persone.

Tale operazione, all'esito del procedimento sfociato nel provvedimento di archiviazione della ASP di Agrigento in data 1° ottobre 2021, è stata considerata irrilevante ai sensi dell'art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968 e dell'art. 2 n. 6) del bando del concorso straordinario, e pertanto non

integrante una causa di decadenza dell'assegnazione della XVI sede farmaceutica di Agrigento ottenuta in sede concorsuale, in forma associata, dalla cedente.

19.6. Tale conclusione, come correttamente statuito dal giudice di prime cure, non può essere condivisa, ponendosi in aperto contrasto con i condivisibili principi enunciati dal Consiglio di Stato, e sopra sinteticamente richiamati, in ordine alla *ratio* e al perimetro applicativo dell'art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968.

Segnatamente:

- è pacifico in atti che la dott.ssa Di Benedetto, intendendo partecipare al concorso pubblico straordinario per titoli, indetto dal Dipartimento per la Pianificazione Strategica dell'Assessorato regionale della salute con il decreto dirigenziale DDG 2782 del 2012 per il conferimento di n. 222 sedi farmaceutiche ha ceduto, con atto di donazione, le proprie quote di partecipazione di una società di persone titolare di **farmacia** in Santa Caterina Villarmosa (CL);

- la stessa cedente, nei propri scritti difensivi prodotti nel giudizio di primo grado (e puntualmente menzionati nella motivazione della sentenza gravata a pag. 16), ha dichiarato di avere eseguito la donazione “*intendendo partecipare al concorso pubblico straordinario...*”, giacché, se non si fosse spogliata delle quote, non avrebbe potuto partecipare alla procedura selettiva;

- in virtù della peculiare struttura della società di persone, e segnatamente della società in nome collettivo, in base alla quale tutti gli elementi che compongono il patrimonio sociale, ivi compreso il diritto di esercitare la **farmacia** ed il compendio aziendale all'uopo destinati, non possono non ritenersi “*propri*” anche dei singoli soci, il trasferimento a terzi delle quote, anche per atto di liberalità come è avvenuto nel caso di specie, integra, per le finalità di cui all'art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968, un atto di cessione della “*propria farmacia*”, giacché con esso si determina, sebbene

non formalmente (la titolarità formale della **farmacia** rimane infatti in capo alla società di persone), il trasferimento di tutti i poteri di gestione dell'azienda farmaceutica al cessionario, con l'effetto, affatto rilevante per le sopra enunciate finalità della disposizione legislativa, di determinare un vantaggio, diretto o indiretto in capo al cedente, coincidente con l'incameramento del corrispettivo della cessione o, in caso di atto di liberalità, di permettere al cedente di liberarsi di una partecipazione societaria nell'ottica di acquisire il requisito di partecipazione al concorso straordinario;

- poiché la *ratio* dell'art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968 è quella di *“bilanciare l'interesse privato del titolare della **farmacia** a conseguire un adeguato ritorno economico dalla posizione conseguita, senza per questo precludersi successive chances di assegnazione, con quello pubblico a preservare la connotazione pubblicitica del servizio farmaceutico, evitando la prevalenza di intenti meramente speculativi e commerciali”* (così, Cons. Stato, n. 6016 del 2023), giacché senza la preclusione normativa *“la disponibilità degli esercizi farmaceutici, nel senso dell'affidamento della relativa titolarità, dipenderebbe in buona parte dai farmacisti titolari di **farmacia**, e sarebbe quindi sottratta alla dinamica concorsuale, potendo quelli decidere di cedere la **farmacia** (e così individuarne il nuovo titolare) e liberamente concorrere per una nuova assegnazione”* (così, Cons. Stato, n. 229 del 2020), detta *ratio* rimarrebbe irrimediabilmente compromessa, e gli scopi della norma indebitamente elusi, ove – prendendo le mosse dalla distinzione meramente formale tra cessione di **farmacia** nella titolarità individuale e cessione di quote di una società di persone titolare di **farmacia** – si argomentasse, con parte appellante, che solo il primo tipo di cessione sia scrivibile al perimetro della disposizione legislativa;

- la prescelta interpretazione funzionale della norma di legge è quella che, alla luce delle già richiamate considerazioni in ordine alla struttura delle

società di persone, appare costituzionalmente orientata, giacché, altrimenti opinando, emergerebbero profili di dubbia compatibilità con gli artt. 3 e 32 della Costituzione.

19.7. In definitiva, la sentenza appellata ha fatto buon governo dei principi normativi e giurisprudenziali suesposti, di talché sfugge alla censura proposta.

20. L'accertata infondatezza di tutti i motivi di doglianza formulati con il primo degli appelli in epigrafe (RG 231/2023) ne impone l'integrale reiezione.

21. Passando allo scrutinio delle doglianze formulate con l'atto di appello avverso la sentenza n. 3224 del 2023 (RG 48/2024), con i tre motivi di gravame, che per evidenti motivi di connessione possono essere di seguito congiuntamente esaminati, parte appellante, in sintesi, deduce:

- il giudice di primo grado ha errato nel ritenere che dall'accertamento della illegittimità, compiuta *ex art.* 34, comma 3, c.p.a. con la sentenza n. 3735 del 2022, derivasse un effetto conformativo in capo all'Amministrazione;
- i provvedimenti emanati dall'Assessorato regionale della salute e dalla ASP di Agrigento dopo la sentenza n. 3735 del 2022, con i quali sono state “*revocate*” le precedenti determinazioni aventi a oggetto l'assegnazione della XVI sede farmaceutica di Agrigento configurano provvedimenti discrezionali di autotutela, segnatamente provvedimenti di annullamento d'ufficio rientranti nell'alveo dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990;
- ne discende che detti provvedimenti sono illegittimi, in quanto, in violazione dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, non contengono alcuna motivazione in ordine alla sussistenza di ragioni di interesse pubblico al ritiro, né rispettano il termine di 12 mesi previsto dalla norma per l'annullamento d'ufficio;

- ulteriore profilo di illegittimità discende dal mancato contemperamento tra l'interesse al ritiro in autotutela e quello pubblico alla continuità del servizio farmaceutico, quest'ultimo certamente pregiudicato dalla chiusura della XVI sede farmaceutica di Agrigento;

- inoltre, il procedimento di autotutela avente a oggetto la nota prot. 171677 del 1° ottobre 2021 nonché quello di ritiro da parte dell'Assessorato regionale della salute dell'assegnazione della XVI sede farmaceutica di Agrigento, sono entrambi viziati dalla mancata comunicazione di avvio *ex art. 7* della legge n. 241 del 1990 a tutti gli aventi diritto, segnatamente alle odierne appellanti dott.sse Falzone e La Lumia e alla Società **Farmacia San Gregorio S.r.l.**

22. Le doglianze si palesano prive di pregio.

22.1. Focalizzando l'attenzione sul contenuto dei provvedimenti gravati in primo grado dalle odierne appellanti, si evince:

- il provvedimento prot. 42271 del 13 marzo 2023 della ASP di Agrigento, sebbene nell'oggetto richiami la "*revoca*" della nota prot. 171677 del 2021, nella parte motiva così testualmente dispone: "*Per tutto quanto sopra esposto si comunica, per le dovute competenze, che la fase istruttoria attuata e svolta da questa Azienda, è stata conclusa nel senso di affermare che, per effetto della sentenza n. 3735/2022 del TAR Sicilia – Palermo, sussistono le condizioni per la decadenza dell'assegnazione della XVI sede farmaceutica del Comune di Agrigento adottata con determina dirigenziale n. 3919 del 16/11/2021*";

- il DDG n. 264 del 29 marzo 2023 dell'Assessorato regionale della salute, pur presentando un dispositivo di "*revoca*" dell'assegnazione della XVI sede farmaceutica disposta con DDG n. 216 del 18 marzo 2021, nella parte motiva così dispone: "*ritenuto, pertanto, di dover procedere alla revoca dell'assegnazione della XVI sede farmaceutica del Comune di Agrigento... in applicazione di quanto disposto dagli artt. 12 e 13 del Bando di*

Concorso Pubblico Regionale Straordinario per l'assegnazione di sedi farmaceutiche vacanti e/o disponibili nella Regione Siciliana";

- la deliberazione del Commissario straordinario della ASP di Agrigento n. 648 del 6 aprile 2023 reca la presa d'atto del DDG n. 264 del 2023 e la "revoca" del provvedimento di autorizzazione n. 3919 del 16 novembre 2021 con cui era stata autorizzata l'apertura e la gestione della XVI sede farmaceutica di Agrigento; inoltre, la deliberazione, nella parte motiva, richiama la nota prot. 15859 dell'8 marzo 2023 dell'Assessorato regionale della salute, in base al quale *"il provvedimento di decadenza della sede farmaceutica in questione era di sua competenza, ancorché l'istruttoria avrebbe dovuto essere svolta da questo Ufficio"*.

22.2. Per giurisprudenza affatto consolidata (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 2024, n. 1731), in materia di interpretazione e qualificazione degli atti amministrativi, si applicano i seguenti principi:

- l'interpretazione e la qualificazione dell'atto amministrativo costituiscono il *proprium* della funzione giurisdizionale, e non possono quindi dare luogo ad uno sconfinamento nell'area riservata alla discrezionalità della pubblica amministrazione (cfr. Cass., sez. un., 3 marzo 2020, n. 5904);

- detta attività è *"da condurre sulla base dei principi generali, desumibili dagli artt. 1362 ss. c.c. sull'interpretazione del contratto, in quanto compatibili con il provvedimento amministrativo ed espressivi di canoni di logica ermeneutica"* (cfr. Cass. civ., sez. un., ord. 30 giugno 2023, n. 18602);

- nell'interpretazione e qualificazione dell'atto amministrativo, si deve tener conto non già del *nomen iuris* assegnatogli dall'autorità pubblica emanante, bensì del suo effettivo contenuto e delle norme di riferimento, nonché del potere che la pubblica amministrazione abbia inteso in tal modo esercitare (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 6534 del 2007);

- la qualificazione di un atto amministrativo deve essere quindi operata sulla base del suo effettivo contenuto e degli effetti concretamente prodotti

(cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 1718 del 2017).

22.3. Facendo puntuale applicazione dei predetti principi giurisprudenziali alla fattispecie controversa, deve ritenersi che i provvedimenti gravati dinanzi al TAR, al di là del *nomen iuris* usato dalle Amministrazioni procedenti, non integrino atti di autotutela, segnatamente di annullamento d'ufficio come erroneamente dedotto dalle appellanti, ma costituiscano espressione del potere di dichiarare la decadenza dell'assegnazione, all'esito di pubblico concorso, della sede farmaceutica conseguente all'accertamento del difetto di uno dei requisiti di partecipazione, previsti a pena di esclusione, al concorso straordinario per titoli per l'assegnazione di n. 222 sedi farmaceutiche di cui al DDG n. 2782 del 24 dicembre 2012.

Ed invero, l'art. 2, n. 6), del bando di concorso (*“Requisiti di ammissione al concorso”*) individua quale requisito di partecipazione il *“non aver ceduto la propria **farmacia** negli ultimi 10 anni”*, richiamando per tale via la previsione legislativa dell'art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968.

Il successivo art. 6 (*“Irricevibilità della domanda, cause di non ammissione al concorso”*) stabilisce che costituisce causa di non ammissione al concorso *“il difetto anche di uno solo dei requisiti di cui all'art.2”*.

Infine, l'art. 13 del medesimo bando (*“Accertamento dei requisiti”*) precisa che *“In qualsiasi fase del concorso o momento successivo all'assegnazione della sede, qualora emerga la non veridicità di quanto dichiarato dal ricorrente, rilevata a seguito dei controlli previsti per legge o comunque accertata, il medesimo concorrente sarà escluso dalla graduatoria qualora venga a mancare uno dei requisiti di partecipazione”*.

Pertanto, la *lex specialis* prevede univocamente che il candidato al concorso straordinario che abbia dichiarato il possesso di un requisito di partecipazione previsto dall'art. 2 del bando, di cui poi sia risultato privo, deve essere escluso dalla graduatoria, e ciò in qualsiasi fase del concorso *“o momento successivo all'assegnazione della sede”*.

Ne discende con assoluta evidenza che i provvedimenti emessi dalle Amministrazioni odierne appellate, e gravati dalle appellanti dinanzi al giudice di primo grado, non configurano atti discrezionali di esercizio del potere di annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, bensì costituiscono diretta attuazione di clausole del bando del concorso straordinario a cui hanno partecipato le odierne appellanti.

Detto in altri termini, una volta acclarato, anche in virtù dell'accertamento di illegittimità di cui alla sentenza del TAR Sicilia n. 3735 del 23 dicembre 2022, che - in virtù dell'avvenuta donazione delle quote, in data 24 dicembre 2012, della "**Farmacia Di Benedetto s.n.c. di Di Benedetto Giuseppina e Valeria**", titolare della II sede farmaceutica urbana del Comune di Santa Caterina Villarmosa (CL), da parte della dott.ssa Valeria Di Benedetto alla propria figlia - ricorreva la causa escludente prevista dall'art. 2, n. 6), del bando di concorso e dall'art. 12, comma 4, della legge n. 475 del 1968, le Amministrazioni hanno proceduto, ciascuna per quanto di competenza, in ossequio all'art. 13 del medesimo bando.

22.4 A ciò deve essere aggiunto, a integrale confutazione dei motivi di appello, che in materia di concorsi, nonché di procedure selettive finalizzate alla stipula di contratti pubblici, l'esclusione del candidato dal concorso o dalla gara, per mancanza dei requisiti previsti dal bando, non è provvedimento che consegue ad un *sub*-procedimento avente connotati di autonomia e specialità rispetto all'unico procedimento concorsuale finalizzato alla selezione dei vincitori, giacché l'amministrazione si riserva sempre la facoltà di verificare in capo a ciascun candidato il possesso dei requisiti previsti nel bando. Pertanto, anche se il candidato sia stato già inserito in graduatoria e ivi collocato in una posizione utile, nessun onere di comunicazione di avvio del procedimento può profilarsi, *ex art. 7* della legge 7 agosto 1990, n. 241, in relazione al provvedimento di esclusione per la riscontrata carenza di un requisito partecipativo, tenuto anche conto che il candidato è perfettamente a conoscenza della circostanza che, in

ossequio alla clausola della *lex specialis* di carattere escludente, potrà essere espulso dalla procedura laddove si accertasse in futuro l'assenza del requisito erroneamente dichiarato all'atto della domanda (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2023, n. 9558; Id., 30 maggio 2022, n. 4366; Id., 27 novembre 2015, n. 5381; Id., 17 febbraio 2009, n. 865; Id., 23 ottobre 2007, n. 5564).

22.5. In disparte il carattere assorbente delle considerazioni che precedono, la censura di omessa comunicazione di avvio *ex art. 7* della legge n. 241 del 1990 non può essere condivisa anche alla luce dell'art. 6, ultimo periodo, del bando del concorso straordinario, in base al quale tutte le comunicazioni inerenti la procedura concorsuale andavano effettuate all'indirizzo PEC indicato dai concorrenti all'atto della partecipazione. Di qui la piena legittimità delle comunicazioni eseguite alla appellante Valeria di Benedetto.

22.6. In definitiva, si palesano prive di pregio sia le censure concernenti l'asserita violazione dei presupposti previsti dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, sia quelle relative alla mancata comunicazione di avvio *ex art. 7* della legge n. 241 del 1990.

22.7. Pertanto, l'atto di gravame non riesce a scalfire le conclusioni raggiunte nella sentenza appellata, le quali, con le integrazioni della motivazione nei termini suesposti, possono essere condivise dal Collegio.

23. In conclusione, gli appelli riuniti devono essere respinti.

24. In virtù della obiettiva complessità della *res* controversa e della novità, all'epoca della instaurazione del contenzioso, delle questioni scrutinate, le spese del grado di giudizio possono essere compensate tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2024

con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Michele Pizzi, Consigliere

Giuseppe Chinè, Consigliere, Estensore

Giovanni Ardizzone, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppe Chinè

IL PRESIDENTE

Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO