

**TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER IL LAZIO -ROMA**

-Ricorso -

Per: la soc. **A.S.P. Azienda Servizi Pubblici S.p.a.**, in persona dell'Amministratore Unico Dott. Arturo Accolla I.r.p.t., con sede in Ciampino (RM), Via Largo Felice Armati, 1 – C.F. e P. Iva 02315031001 rappresentata e difesa, giusta procura in calce al presente atto, dagli avvocati Raffaele Marciano C.F. MRCRFL63D11I262B e Alessandro Valerio, C.F. VLRLSN68A10H501H, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma via Boezio 6, indicando ai fini degli avvisi e delle comunicazioni di legge l'indirizzo di posta certificata: alessandro.valerio@oav.legalmail.it; raffaele.marciano@pecavvocatinola.it; presso cui si dichiara di voler ricevere eventuali comunicazioni e/o notifiche;

-Parte ricorrente-

Contro: il **Comune di Rocca Priora**, in persona del Sindaco p.t., Piazza Umberto I, 79 – 00079 Rocca Priora (RM); con domicilio digitale presso la PEC comune.roccapriora@pec.it

-Parte resistente-

Nei confronti : **Dott. Di Tullio Giorgio & C. S.a.s.** Via Tuscolana Km 27,800 00079 – Rocca Priora- Roma

-Parte Controinteressata -

per l'annullamento

PREVIA ADOZIONE DI IDONEE MISURE DI TUTELA CAUTELARE

ANCHE MONOCRATICHE

A) Dell'ordinanza contingibile e urgente del Sindaco del Comune di Rocca Priora n° 5 del 09 maggio 2023 avente ad oggetto la *chiusura* della Farmacia sita in località Buero Via Tuscolana Km 27,900 per esercizio abusivo di vendita di medicinali; notificato in pari data.

B) Il Decreto del Sindaco di Rocca Priora n°5 del 28 aprile 2023 per l'apertura della sede farmaceutica n° 2 del Comune di Rocca Priora nel locale sito in Via Tuscolana km 27,800 in favore della società avente la ragione sociale Farmacia Di Tullio del Dott. Di Tullio Giorgio C & S.a.s.

C) Il Decreto del Sindaco di Rocca Priora n° 6 del 2 maggio 2023 per la revoca e nuova autorizzazione (quest'ultimo mai pubblicato nell'albo pretorio)

D) Il Decreto del Sindaco di Rocca Priora n° 7 del 3 maggio 2023 per l'autotutela dei decreti 5 e 6 del 2 maggio 2023 ed adottava nuovo decreto di autorizzazione alla gestione della Farmacia Comunale n° 2 alla Farmacia Di Tullio di Di Tullio Giorgio & C S.a.s. con sede in Rocca Priora Via degli Olmi 65 Partita Iva 16801221009 ed autorizzava lo spostamento dell'attività presso il nuovo locale sito in Rocca Priora Via Tuscolana 27.800 per la quale la direzione tecnica era affidata al dott. Luigi Di Stefano iscritto all'ordine dei farmacisti di Bari. Tale determinazione considera errore materiale l'indicazione della Farmacia Comunale n° 2 contenuta nei precedenti decreti, ritenendo che tale dato dovesse interpretarsi come "Farmacia Comunale n. 1 sede della Pianta Organica del Comune n° 2";

E) Del decreto del Sindaco di Rocca Priora n° 8 del 9 maggio 2023 in tema di *"l'annullamento in autotutela dei decreti numeri 5 e 6 ed adozione nuovo decreto di autorizzazione alla gestione in concessione della Farmacia comunale n. 1 sede della pianta organica n. 2 alla Farmacia Di Tullio di Di Tullio Giorgio & C. S.a.s. ai sensi della L.R. 11/08/2021 art 14. 29° comma. Rettifica."*

F) Nonché di ogni atto connesso, correlato e conseguenziale.

PREMESSO IN FATTO

La società ricorrente è una multi utility costituita ai sensi dell'articolo 113 comma 5 e dell'articolo 115 del Testo Unico Enti Locali in trasformazione dell'Azienda Speciale Pluriservizi del Comune di Ciampino.

La compagine dell'ASP S.p.a. è costituita in via prevalente dal Comune di Ciampino e in quote minori e variegate dai Comuni dell'area Sud di Roma e tra questi dal Comune di Rocca Priora.

La Regione Lazio, con D.G.R. n. 3899 del 14/07/1987, disponeva l'istituzione della seconda sede farmaceutica del Comune di Rocca Priora.

Esercitando il proprio diritto di prelazione, l'ente locale, con atto consiliare n. 80 del 18/12/1998 attivava detta sede mediante convenzione con la "Azienda Speciale Pluriservizi di Ciampino".

In data 28/12/2006, il Comune di Rocca Priora deliberava di aderire alla sottoscrizione di quote azionarie della ricorrente in virtù della trasformazione della società “*Azienda Speciale Pluriservizi di Ciampino*” in Azienda Servizi Pubblici S.p.a., che subentrava ex art. 115 T.u.e.l., nella gestione integrale delle farmacie comunali della prima.

Con **autorizzazione del 9 giugno 1999** il Sindaco di Rocca Priora autorizzava la seconda sede farmaceutica in località BUERO Via Tuscolana km 27.900 nel Comune di Rocca Priora affidata alla Azienda Speciale Pluriservizi di Ciampino che di fatto la istituiva, dotandone la struttura e le attrezzature iniziali e consentendone l’avviamento commerciale. Con determinazione dirigenziale n. 484 del 09/12/2008 si provvedeva all’ espletamento di gara d’appalto a seguito della quale risultava aggiudicatario il gestore A.S.P. di Ciampino che subentrava alla Azienda Speciale Pluriservizi di Ciampino.

Il bando di gara per la procedura aperta, all’articolo 8 prevedeva quale condizione essenziale per l’affidamento della gestione della farmacia comunale di Rocca Priora il pagamento dell’avviamento a favore di A.S.P. S.p.a. della somma di Euro 1.608.696,56.

In data 4 marzo 2008 veniva formalizzato dal segretario generale del Comune di Rocca Priora un contratto per l’affidamento del servizio farmaceutico tra il Comune di Rocca Priora e l’Azienda Servizi Pubblici S.p.a. ed assumeva il repertorio 1805. **(Doc.n.1).**

Nel contratto relativo alla gestione 2007 -2010, concluso il 4 marzo 2008 acquisito al protocollo 1805 (di fatto collegato alla gestione 2008 -2011) era prevista la valorizzazione dell’avviamento conferito al ramo di azienda costituito dalla farmacia in questione; all’articolo 14 era previsto una determinazione pattizia dell’indennità di avviamento ed era determinato in 1,5 volte la media fatturato annuo della sede farmaceutica relativamente agli ultimi tre esercizi.

In previsione della scadenza del contratto di affidamento del servizio di farmacia, prevista per il 31.12.2011, in data 29.12.2011, il Consiglio Comunale di Rocca Priora disponeva il rinnovo dell’affidamento della gestione della farmacia comunale in località BUERO per ulteriori tre anni alla A.S.P. S.p.a anche alla luce della dichiarata esigenza di dover garantire sul territorio un servizio di distribuzione del farmaco conforme ai criteri di cui all’art. 97 Cost., anche in considerazione dell’assenza di risorse proprie adeguate. Il dirigente responsabile dell’epoca (che è ancora il rag. Francesco Fatelli) evidenziava al Consiglio Comunale di condizionare il rinnovo del contratto di affidamento **alla rinegoziazione del valore di avviamento commerciale** dovuto ad A.S.P. S.p.a. alla scadenza del nuovo contratto

Il Consiglio Comunale di Rocca Priora deliberava la procedura negoziata ai sensi dell'articolo 57 del Codice degli Appalti secondo le indicazioni fornite dal responsabile del servizio ed in particolare subordinando il rinnovo alla rinegoziazione del valore dell'avviamento commerciale.

In data 15 ottobre 2012 il segretario comunale di Rocca Priora stipulava il contratto per il rinnovo dell'affidamento del servizio farmaceutico del Comune di Rocca Priora all'Azienda Servizi Pubblici S.p.a. di Ciampino con atto repertorio 1933, registrato presso l'Agenzia delle Entrate di Frascati il 26/10/2012

All'articolo 1 (pagina 5 del documento allegato al numero 2) si prevedeva espressamente: *“Il presente rinnovo triennale ha luogo alla espressa condizione **di una rinegoziazione del valore di avviamento commerciale**, attualmente fissato nella misura di **Euro 1.608,698,56 dovuto ad A.S.P. S.p.a. alla scadenza del presente contratto**, eventualmente ridefinendo obblighi ed utilità reciproci.”*

Tra le specifiche disposizioni contrattuali, all'articolo 7, si prevedeva l'assorbimento del personale di ASP quale risultante dal libro matricola alla scadenza o disdetta del contratto, senza eccezione alcuna, nell'organico dell'eventuale nuovo gestore.

Nell'articolo 9 tra gli oneri a carico dell'Azienda si prevedeva il versamento dei canoni per le utenze e quelli di locazione, la retribuzione del personale addetto presso l'azienda, la fornitura delle attrezzature, degli arredi, delle stigliature e delle strumentazioni tecniche tutte componenti dell'azienda oggetto di contratto.

All'articolo 10 del contratto era rimodulato il corrispettivo economico a favore del Comune con un sensibile aumento della percentuale dovuta sul ricavato al netto dell'IVA.

All'articolo 12 era prevista la durata del contratto in anni 3 a partire dal 01.01.2012.

Non era previsto il rinnovo automatico né la durata e le condizioni del regime di proroga del servizio.

Nell'articolo 13 si disciplinava la risoluzione e il recesso dal contratto. Dopo la disciplina della gestione dell'eventuale inadempimento agli impegni contrattuali nell'ultimo capoverso di pagina 15 si legge: *“L'Amministrazione Comunale avrà facoltà di rescindere il contratto in ogni tempo con l'obbligo di preavviso di mesi tre, qualora ritenesse la ditta non idonea a continuare il servizio o per sopraggiunte necessità che indichino l'opportunità di avviare una gestione in economia del servizio.”*

All'articolo 14 si prevedeva la gestione dell'avviamento commerciale:

- In caso di recesso anticipato da parte dell'ente affidatario il Comune di Rocca Priora riconoscerà all'Azienda Servizi Pubblici S.p.a. un indennizzo, preavviso inventario

dei patrimoniali e delle merci di pertinenza della farmacia, valutando gli arredi e le attrezzature al valore d'uso, le merci al prezzo di acquisto

- E

- **L'avviamento commerciale determinato nella misura di Euro1.608.698,56.**

In data 31.12.2014 con noto protocollo 214 l'A.S.P. S.p.a. formalizzava la propria disponibilità a negoziare l'indennità di avviamento (pagina 2 punto a- della nota) così come previsto nel contratto di concessione del servizio e contestualmente si dichiarava la disponibilità alla riconsegna del ramo d'azienda e dei conseguenti adempimenti.

Sempre in data 31.12.2014 nella Gazzetta Ufficiale n° 149 era pubblicato l'“Avviso di procedura aperta - Concessione gestione farmacia comunale - CIG 6072918A76. Procedura aperta, a fronte dei criteri di cui al bando, per la concessione, ex art. 30 d.lgs. n. 163/06, della gestione della farmacia comunale ubicata nel comune di Rocca Priora, località Buero, Via Tuscolana km 27.900, per anni quindici, con presentazione delle offerte fino al 30 gennaio 2015, ore 12.00. Importo presunto: 640.000,00, oltre IVA e canone mensile di € 35.000,00, a rialzo. Era previsto nel bando 2014 l'impegno a corrispondere l'indennità di avviamento al precedente gestore.

Intervenuta la scadenza dell'accordo in data 31/12/2014, il Comune non provvedeva ad alcuna indicazione circa il regime contrattuale dopo il termine previsto e il servizio di gestione della farmacia comunale in località BUERO continuava senza soluzione di continuità: la soc. A.S.P. ad oggi gestisce ancora il servizio farmaceutico al fine di garantirne la continuità e la regolarità.

La gestione provvisoria del servizio di Farmacia Comunale proseguiva fino al 2017 e l'A.S.P. S.p.a. proponeva di formalizzare il rapporto contrattuale mediante la procedura di affidamento in house del servizio, così come previsto dal Codice degli Appalti per le società interamente partecipate dagli enti pubblici territoriali.

In data 12 aprile 2017 con determinazione del dirigente del settore IV n° 20 – n° 67 del registro generale, il Comune di Rocca Priora determinava una nuova e diversa procedura aperta per l'affidamento del servizio di farmacia comunale, senza alcuna comunicazione all'A.S.P. S.p.a. e senza considerare la liquidazione e la determinazione dell'indennità di avviamento già prevista nei contratti allegati e nel precedente bando di gara. La procedura ad evidenza pubblica rimaneva aperta fino al 2021 fino a quando in considerazione di un ulteriore e diverso bando di gara adottato dalla Determinazione 251 del 02.08.2021 veniva affidato ad altro soggetto la concessione della Gestione del Servizio di Farmacia Comunale in località Buero Via Tuscolana Km 27,900 con la Determinazione n.193 del 25.10.2021.

Il 21 settembre 2021 il dirigente del Comune di Rocca Priora confermava di ritenere più vantaggioso l'affidamento a terzi del servizio comunale e respingeva la richiesta riferita all'avviamento commerciale.

L'intera procedura in questione era definitivamente annullata da codesto Ecc.mo Tribunale Amministrativo in data 10.05.2022 con la sentenza 5840 del 2022, che si versa in atti.

Nelle more del procedimento giurisdizionale amministrativo, in assenza di provvedimenti nei confronti della società ricorrente, in data 7 febbraio 2022, era proposto innanzi il Tribunale Ordinario di Velletri un procedimento civile avente ad oggetto l'indennità per avviamento commerciale prevista nel contratto stipulato il 15 ottobre 2012 con atto repertorio 1933 per l'affidamento del servizio farmaceutico del Comune di Rocca Priora all'Azienda Servizi Pubblici S.p.a. di Ciampino e la condanna del Comune di Rocca Priora al pagamento della somma di Euro 1.608,698,56. Il procedimento era rubricato al numero 703 del 2022 ed attribuito alla dott.ssa Francesca Aratari con udienza fissata per la trattazione al giorno 2 novembre 2023.

In data 20.10.2022 il Comune di Rocca Priora con determinazione dirigenziale n° 389 annullava la precedente determina 365 del 25.10.2021 e procedeva all'affidamento in concessione della gestione della farmacia comunale ubicata in località Buero.

In esito alla nuova gara risultava vincitrice la Farmacia Di Tullio Giorgio & C. S.a.s. con sede in Rocca Priora Via degli Olmi 65 come da determinazione n. 185 del 24.11.2022.

In data 09 marzo 2023 il Dirigente del settore presso il Comune di Rocca Priora inviava una comunicazione nella quale si riteneva *“acclarata la scadenza della gestione concessoria”* e si indicava che dal 17 aprile *“il servizio pubblico verrà svolto”* dalla Farmacia Di Tullio del Dott. Di Tullio Giorgio & C. s.a.s. ed espressamente si chiedeva *“la caducazione dell'attività in parola, formalizzandola nel concreto, all'immediata vigilia rispetto alla nuova attivazione di cui sopra, onde garantire la persistenza del servizio in favore dell'utenza, cui è preordinata la ragion d'essere del comportamento amministrativo in parola”*.

Il tenore della comunicazione – nella sua incertezza complessiva- indicava due esigenze:

- non si riteneva di formalizzare alcun provvedimento amministrativo relativo alla chiusura;
- si riconosceva la necessità di proseguire il servizio pubblico relativo erogato dalla farmacia comunale gestita da A.S.P. S.p.a

In data 12 aprile 2023 il dirigente comunale reiterava la comunicazione rivolta alla ricorrente informando che *“per questioni burocratiche”* il subentro nella gestione

concessoria sarebbe avvenuto il 2 maggio 2023 e non più il 17 aprile. Rimaneva fermo l'invito alla continuità di gestione.

Stessa identica comunicazione era inviata di nuovo il 27 aprile.

A questa nuova richiesta per la chiusura spontanea dell'attività, la società ricorrente reagiva in data **2 maggio 2023** con un atto formale di invito e messa in mora finalizzato all'adozione di provvedimenti formali ed all'apertura di un procedimento amministrativo per la revoca della concessione riconosciuta in essere ed in regime di proroga dal 2014. Oggetto specifico della diffida era la richiesta di un formale provvedimento di chiusura dell'attuale farmacia gestita dalla ASP S.p.a., atti quest'ultimi a garanzia del corretto procedimento amministrativo e degli impegni finanziari collegati a tale scelta gestionale.

Con il **decreto n°5 del 28 aprile 2023**, qui gravato, in assenza di qualsiasi attività istruttoria, come previsto per legge, il Sindaco, ai sensi della Legge Regionale del Lazio 6 giugno 1980 n°52 autorizzava l'apertura della sede farmaceutica n° 2 del Comune di Rocca Priora nel locale sito in Via Tuscolana km 27,800 in favore della società avente la ragione sociale Farmacia Di Tullio del Dott. Di Tullio Giorgio C & S.a.s.

Nella motivazione del decreto si dava atto che la società aggiudicataria si era aggiudicata la gestione della farmacia ubicata nel Comune di Rocca Priora località Buero, ma che il contratto di affidamento di gestione della farmacia comunale per anni 15 era relativo a quella sita in Via Tuscolana km 27.800.

Nel Decreto era prevista la direzione sanitaria al dottor Di Tullio, dichiarato idoneo e nel possesso dei requisiti.

Il **3 maggio 2023 con decreto n° 7**, qui gravato, il Sindaco di Rocca Priora annullava in autotutela i decreti 5 e 6 del 2 maggio 2023 (quest'ultimo mai pubblicato nell'albo pretorio) ed adottava nuovo decreto di autorizzazione alla gestione della Farmacia Comunale n° 2 alla Farmacia Di Tullio di Di Tullio Giorgio & C S.a.s. con sede in Rocca Priora Via degli Olmi 65 Partita Iva 16801221009 ed autorizzava lo spostamento dell'attività presso il nuovo locale sito in Rocca Priora Via Tuscolana 27.800 per la quale la direzione tecnica era affidata al dott. Luigi Di Stefano iscritto all'ordine dei farmacisti di Bari.

Il provvedimento di revoca è del tutto immotivato; non vi è alcuna ragione apparente che consente di comprendere l'interesse alla revoca e soprattutto il motivo per cui un identico provvedimento è sostituito del tutto con altro dello stesso tenore e contenuto.

Di fatto il provvedimento reca solo la partita IVA della società concessionaria, la sostituzione del direttore tecnico – senza indicare i motivi che hanno imposto tale scelta-

e si integra il provvedimento con l'autorizzazione allo spostamento dell'attività presso il nuovo locale in via Tuscolana km 27.800 .

Giova evidenziare che **il 4 maggio 2023** in Rocca di Papa operavano:

- La farmacia numero 1 per il Comune di Rocca Priora, di carattere privato, sita in via degli Olmi 65 era gestita dalla Di Tullio di Tullio & C. s.a.s ed il dott. Di Tullio risultava direttore tecnico;
- La farmacia numero 2 in Rocca Priora, di cui il Comune si è riservato la gestione per affidarla in concessione, era sita in Via Tuscolana km 27.900 ed era ancora affidata alla A.S.P. S.p.a in quanto la ASL non aveva provveduto al ritiro dei farmaci stupefacenti, erano ancora operative le autorizzazioni all'acquisto dei farmaci, non era stato adottato alcun provvedimento di revoca delle autorizzazione o di revoca del decreto originario
- Era operativa una seconda farmacia ritenuta comunale che di fatto era la numero 3 sita sulla via Tuscolana al km 27,800 gestita sempre dalla Dott. Di Tullio Giorgio & C. S.a.s. Partita Iva 16801221009 che vendeva farmaci, emetteva scontrini, acquisiva le prescrizioni mediche del Servizio Sanitario Nazionale. Si presume che la direzione tecnica di questa farmacia era affidata al dott. Luigi di Stefano .

Si allegano, a conferma di quanto sopra, i documenti commerciali di vendita o prestazione relativi al pomeriggio del 4 maggio 2023 relative alle attività indicate.

Nella situazione descritta interveniva la Comunità Montana dei Castelli Romani e Prenestini alla quale in data **5 maggio 2023** era protocollata una richiesta di autorizzazione inizio attività di farmacia comunale.

Il giorno **8 maggio 2023** l'Ente Territoriale respingeva la richiesta, evidenziando che uno dei farmacisti preposti alla nuova attività gestita dal concessionario comunale risulta inidoneo in quanto titolare di un rapporto di lavoro con impresa privata (la dottoressa Mastrovincenzo Clara) e che la stessa ha presentato una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà nella quale afferma di non aver alcun rapporto pubblico o privato.

La Comunità Montava evidenzia poi che la Farmacia Di Tullio di Di Tullio Giorgio & C S.a.s. Partita Iva 16801221009 risulta gestire contemporaneamente le attività in Rocca Priora sia in Via degli Olmi 65 che in Via Tuscolana km 27.800.

Il giorno 9 maggio 2023 il Comune di Rocca Priora si determinava ad assumere contemporaneamente due provvedimenti; la quarta versione del Decreto del Sindaco per l'autorizzazione all'apertura della farmacia e l'ordinanza contingibile e urgente ex articolo 50 T.U.E.L..

Il decreto n° 8 del 9 maggio 2023 ha per oggetto *“l’annullamento in autotutela dei decreti numeri 5 e 6 ed adozione nuovo decreto di autorizzazione alla gestione in concessione della Farmacia comunale n. 1 sede della pianta organica n. 2 alla Farmacia Di Tullio di Di Tullio Giorgio & C. S.a.s. ai sensi della L.R. 11/08/2021 art 14. 29° comma. Rettifica.”*

Nel corpo del decreto, oltre a correggere l’errore materiale nell’indicazione dell’anno 2023, si considerava errore materiale anche l’indicazione della Farmacia Comunale n° 2 contenuta nei precedenti decreti, ritenendo che tale dato dovesse interpretarsi come “Farmacia Comunale n. 1 sede della Pianta Organica del Comune n° 2” con ciò confessando l’errore di tutti i precedenti decreti e l’incertezza e l’indeterminatezza di tutta la procedura amministrativa.

In pari data era adottata l’ordinanza contingente ed urgente del Sindaco del Comune di Rocca Priora n° **5 del 09 maggio 2023**, in deroga alla regole sul procedimento amministrativo nella quale si profilano importanti elementi di fatto e di diritto.

A pagina 2 dell’ordinanza si riporta la delibera 54 del 2011 del Comune di Rocca Priora nella quale si riconosce l’esistenza di un avviamento commerciale dovuto ad ASP S.p.a. nella misura di Euro 1.608.698,56 alla scadenza del contratto e che la società a partecipazione pubblica è da ritenersi comunque obbligata alla gestione della farmacia in regime di proroga.

Sempre a pagina 2 dell’ordinanza si riconosce che ASP S.p.a. ha continuato a svolgere il servizio farmaceutico ritenuto come pubblico ed essenziale fino all’individuazione del nuovo soggetto.

A pagina 3 dell’ordinanza si riporta il decreto del Sindaco n° 7 relativo alla farmacia n° 2; si indica altresì che solo in pari data è stato adottato il quarto decreto circa l’apertura della farmacia comunale, ma non si indica la necessità di una revoca della precedente autorizzazione concessa ad A.S.P. e contestualmente si ordina direttamente la chiusura dell’attività ai sensi dell’articolo 50 del TUEL.

Nessuna motivazione era espressa circa le motivazioni e le esigenze che hanno impedito una procedura ordinaria per la revoca dell’autorizzazione al soggetto beneficiario ed una esatta indicazione della data da cui il servizio gestito dovesse cessare.

A pagina 4 si ORDINAVA la chiusura dell’attività qualifica come ABUSIVA senza indicare da quanto avesse assunto tale caratteristica.

Era prevista la notifica del provvedimento al destinatario ed immediatamente la società ricorrente cessava le attività in Rocca Priora, dando esecuzione al provvedimento amministrativo immediatamente esecutivo.

I provvedimenti e le note gravate sono illegittimi e devono essere annullati, per i seguenti

MOTIVI

- 1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART 8, COMMA 1, LETT. B) DELLA L. N. 362/91 – MANCATA APPLICAZIONE DELLE NORME IN TEMA DI INCOMPATIBILITA' NELL'ATTIVITA' FARMACEUTICA - COSÌ COME MODIFICATI DALLA L.N.124/2017, ARTICOLO 112 DEL REGIO DECRETO 27 LUGLIO 1934 N. 1265 - SVIAMENTO – ECCESSO DI POTERE SOTTO MOLTEPLICI ASPETTI**

L'attività di interesse pubblico svolta dalla ricorrente non può essere interrotta per effetto degli atti impugnati e questo anche in considerazione del presupposto che il dott. Giorgio Di Tullio, nuovo concessionario, è titolare di una autorizzazione amministrativa diretta presso il Comune di Rocca Priora.

La società concessionaria **dell'unica farmacia comunale in Rocca Priora la Farmacia Di Tullio di Di Tullio Giorgio &C S.a.s.** sita in Rocca Priora Via degli Olmi 65 Partita Iva 16801221009 è **la stessa che gestisce quella privata** oggetto della prima autorizzazione comunale a favore della Farmacia Di Tullio P.I: 10427941009.

Si depositano le ricevute fiscali rilasciate nelle due sedi delle farmacie in Rocca di Papa in cui si dimostra che contemporaneamente la stessa società di persone gestisce i due punti vendita. I presidi normativi che garantiscono la gestione di un servizio farmaceutico in modo complementare tra le gestioni pubbliche e quelle private sono completamente violati nel caso in questione; lo stesso gestore esercita l'attività farmaceutica nell'ottica di gestione privata, svolge la stessa attività nell'ambito di una autorizzazione che rimane in capo all'Ente Territoriale autorizzato dalla Regione Lazio a gestirla direttamente secondo criteri pubblici.

Diverse sono le norme che impediscono questa situazione di evidente conflitto.

Gli artt. 7, comma 2, e 8, comma 1, della L. n. 362/91, così come modificati dalla L.n.124/2017, prevedono sostanzialmente tre ipotesi di incompatibilità (sanzionate con la sospensione del farmacista dall'albo professionale, per un periodo non inferiore a un anno):

- a) La prima incompatibilità (7, comma 2, L. n. 362/91) riguarda *“qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché con l’esercizio della professione medica”*;
- b) La seconda ipotesi di **incompatibilità -8, comma 1, lett. b) della L. n. 362/91** - riguarda *“la posizione di titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia”*.
- c) Infine, sussiste incompatibilità (8, comma 1, lett. c) della L. n. 362/91) tra titolarità della farmacia e *“qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato”*.

La seconda ipotesi di incompatibilità riguarda *“la posizione di titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia”* (art. 8, comma 1, lett. b) della L. n. 362/91).

La persona fisica o la società titolare di farmacia, come pure il socio farmacista di tali società, non può quindi partecipare ad una società (di persone o di capitali) – cioè detenerne quote – la quale sia titolare a sua volta di farmacia.

In proposito, il Consiglio di Stato, nel parere del 3.1.2018, ha chiarito che: *“l’incompatibilità da parte del titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia deve essere estesa a qualsiasi forma di partecipazione alle società di farmacia, senza alcuna limitazione o esclusione (ad esempio per la partecipazione di mero capitale)”*.

Sul punto, il Ministero, con nota del 7 marzo 2018, ha affermato che l’incompatibilità in esame (come tutte le altre ipotesi di incompatibilità) si applica a tutti i soci, farmacisti e non, persone fisiche o società, e che quindi: *a) una società titolare di farmacia non può partecipare ad un’altra società anch’essa titolare di farmacia; b) un farmacista titolare individuale di farmacia, o direttore o collaboratore di farmacia, non può partecipare ad una società titolare di farmacia*.

Nel caso in esame non previsto il caso limite ovvero quello che riguarda l’ipotesi di partecipazione a società diverse da quelle oggetto di società partecipate, con la conseguenza che un farmacista sarebbe pienamente legittimato a partecipare ad altre società titolari di farmacia, o ad assumere in essere il ruolo di direttore o collaboratore nel caso in questione lo stesso farmacista, con la stessa società di persone, tramite la stessa partita IVA gestisce due farmacie nello stesso Comune, una pubblica e una privata.

Nel caso in esame esiste pure l’incompatibilità con il “direttore” e il “collaboratore” di altra farmacia concerne l’ipotesi di farmacisti che operino in farmacie diverse da quelle di cui sono titolari società da loro partecipate come nel caso in esame.

Nel primo dei decreti revocati, il numero 5 del 28 aprile 2023, il dottor Di Tullio, oltre ad essere socio accomandatario della S.a.s Di Tullio & C., risulta essere anche direttore tecnico.

La situazione evidenziata è rilevante anche ai sensi dell'articolo 112 del Regio decreto 27 luglio 1934 n. 1265 che al terzo comma prevede: *“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 rinunci con dichiarazione notificata al prefetto entro dieci giorni dalla partecipazione del risultato del concorso”*

Risulta del tutto omessa la valutazione delle preclusioni normative all'esercizio congiunto, sullo stesso territorio del medesimo farmacista, sia di una autorizzazione comunale attribuita ad un privata che quella concessa in gestione ma riservata alla titolarità dell'ente territoriale.

Conferma diretta di questa illegittimità deriva dalla nota 8 maggio 2023 proposta dalla Comunità Montana dei Castelli Romani e Prenestini, nella quale si evidenzia come dalla Visura camerale della società titolare dell'autorizzazione in precedenza affidata alla ricorrente *“risulti che la medesima eserciti la medesima attività in Via degli Olmi 65 , Rocca Priora. Non si comprende con quale titolo autorizzatorio la stessa venga esercitata....”*

Infine, si evidenzia che per effetto della mancanza assoluta di istruttoria e della totale confusione degli atti tutti adottati; quanto evidenziato è del tutto ignorato sia in fatto che in diritto: nei giorni 3, 4 e 5 maggio, come da documentazione fiscale che si versa in atti, in Rocca di Papa operavano :

- la farmacia sita Via Tuscolana km 27.900 ;
- la farmacia sita in Via Tuscolana Km 27,800
- la farmacia privata sita in Via degli Olmi 65.

La seconda farmacia comunale, quella in via Tuscolana km 27.800, in assenza di autorizzazione ed in spregio e violazione di legge, ha esercitato l'attività sullo stesso territorio, circostanza quest'ultima resa nota anche alle competenti autorità giudiziarie.

Da qui l'accoglimento del ricorso.

2) VIOLAZIONE DI LEGGE -TOTALE TRAVISIAMENTO DELLA PORTATA DEGLI ARTICOLI 50 e 54 del 54 D. Lgs. 267/2000 – SVIAMENTO - ECCESSO DI POTERE SOTTO MOLTEPLICI ASPETTI.

L'articolo 50 del Testo Unico degli Enti Locali al comma 5 prevede tra i poteri e le competenze del Sindaco la possibilità di adottare ordinanze contingibili ed urgenti per emergenze sanitarie e di igiene pubblica.

L'articolo L'art. 54 D. Lgs. 267/2000 al comma 4 prevede l'ordinanza contingibile ed urgente come atto motivato; il carattere della motivazione è fondamentale e la giurisprudenza la collega alla contestuale presenza di tre presupposti: a) un grave pericolo che minaccia l'incolumità pubblica o la sicurezza urbana; b) la contingibilità, di una situazione che non può essere fronteggiata con i mezzi ordinari previsti dall'ordinamento; c) l'urgenza, causata dall'imminente pericolosità, che impone l'adozione di un efficace provvedimento straordinario e di durata temporanea in deroga ai mezzi ordinari previsti dalla normativa vigente.

Nell'atto impugnato, orbene, oltre ad una assoluta carenza di motivazione, mancano le condizioni ed i presupposti, quest'ultimi indispensabili e necessari per l'adozione dell'atto in parola; inoltre, è evidente poi che nell'ordinanza contingente deve ravvisarsi il carattere della provvisorietà, che implica che le misure previste devono avere efficacia temporalmente limitata.

Il potere sindacale di emanare ordinanze contingibili ed urgenti ai sensi degli artt. 50 e 54 d. lgs. 267/2000 richiede la sussistenza di una situazione di effettivo pericolo di danno grave ed imminente per l'incolumità pubblica, non fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva, rilevata a seguito di approfondita istruttoria, con adeguata motivazione circa il carattere indispensabile degli interventi immediati e indilazionabili posti a carico del privato.

Nella situazione in esame tali caratteri sono completamente assenti e non risultano nemmeno accennati o indirettamente ravvisabili.

L'esigenza di determinare la chiusura di una attività, quest'ultima sempre riconosciuta ed esercitata correttamente, in considerazione della funzione di un interesse pubblico ravvisato nell'attività farmaceutica e la scelta di incaricare un nuovo concessionario del servizio, certamente non può rappresentare una emergenza sanitaria, ben potendo essere programmata nel lungo tempo trascorso tra l'aggiudicazione della gara ed il decreto di autorizzazione del soggetto vincitore.

L'ordinanza, qui gravata, è illegittima e deve essere dichiarata nulla per la mancanza dei suoi elementi essenziali ed in particolare delle motivazioni riferite all'emergenza come pure per la carenza del termine di validità di un atto per sua natura "contingente".

Da tutto quanto sopra ne discende la nullità dell'ordinanza n° 5 del 2023 anche in relazione alla legge n. 241 del 1990 all'art 7: ” in riferimento alla violazione dell'art. 7 l. legge 7 agosto 1990, n. 241, la sentenza impugnata si limita ad affermare che la situazione di emergenza sarebbe stata tale da giustificare la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, "generalmente ritenuta non necessaria per le ordinanze di siffatta natura (in relazione appunto all'urgenza della prevenzione di pericoli per la pubblica incolumità che caratterizza l'esercizio del relativo potere sindacale), salvo ipotesi particolari che nella specie non ricorrono (Cons. Stato, V, n. 5308/14)" le esigenze di celerità del procedimento siano presupposte dalla mera adozione dell'ordinanza da parte del Sindaco, mediante il richiamo dell'art. 54, comma 4, del d.lgs. n. 267 del 2000, e dei relativi presupposti, in termini generali ed astratti. Queste ordinanze vanno assistite da tutte le garanzie compatibili in concreto con i presupposti e gli effetti dell'atto, compresa la partecipazione al procedimento; dunque vanno precedute dalla comunicazione di avvio prevista dall'art. 7 l. n. 241 del 1990 quando costituiscono l'atto conclusivo di un procedimento con questa compatibile. L'art. 7 va dunque interpretato nel senso che le ragioni di impedimento derivanti dalla particolare celerità del procedimento devono sussistere in concreto e devono essere rappresentate nel provvedimento o comunque desumibili dalle motivazioni e dalla tipologia di intervento specificamente ordinato (come in Cons. Stato, V, n. 5308/2014, cit.). Pertanto, si è negato che fosse caratterizzata da urgenza qualificata, atta a consentire la deroga alle garanzie partecipative, l'ordinanza adottata all'esito di una procedura in concreto articolata in più fasi o in più atti istruttori. A quanto sopra consegue che la sussistenza di gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana da prevenire o da eliminare mediante ordinanza ai sensi dell'art. 54, comma 4, T.U.E.L. (risultante a seguito della modifica introdotta dall'art. 6 del d.-l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito dalla legge 24 luglio 2008, n. 125) è un presupposto per l'emanazione del provvedimento: ma non è sufficiente, da sola, ad esentare il Sindaco dall'osservanza delle garanzie partecipative, qualora i pericoli non siano in atto o non siano tali da non tollerare il preventivo contraddittorio con gli interessati. (cfr. Cons. Stato; V, n. 580/2001 cit.)(CONS. STATO, sez. V, 14 novembre 2017, sent n. 5239). Ed ancora:” Il potere di ordinanza contingibile e urgente presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da una istruttoria adeguata e da una congrua motivazione, e in ragione delle quali si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente. Al riguardo si deve

specificare che la contingibilità deve essere intesa come l'impossibilità di fronteggiare l'emergenza con i rimedi ordinari, in ragione dell'accidentalità, imprescindibilità ed eccezionalità della situazione verificatasi, mentre l'urgenza come l'assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile. Il relativo potere posto in capo al Sindaco ai sensi degli artt. 50 e 54 del decreto legislativo n. 267 del 2000, trova il suo fondamento nell'esistenza di una emergenza sanitaria, la quale deve essere puntualmente dimostrata, anche in ordine alla limitazione territoriale tale da diversificare la posizione del cittadino residente nel Comune, le cui peculiarità siano tali da giustificare l'adozione di misure straordinarie ..." (TAR VENETO - SENTENZA 15.07.2015 N. 801).

Da qui l'accoglimento del ricorso e l'annullamento degli atti gravati.

3) SEGUE. VIOLAZIONE DI LEGGE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 21 SEPTIES DELLA LEGGE 241 DEL 1990 – ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO – MANCATA VALUTAZIONE DELL'INTERESSE DELLA COLLETTIVITA' SERVITA DALLA ZONA E NULLITA' DEL PROVVEDIMENTO AI SENSI DELL'ARTICOLO 21-septies – nonies- DELLA LEGGE 7 AGOSTO 1990 N. 241– TRAVISAMENTO E SVIAMENTO.

Dalla totale carenza dei motivi d'urgenza e necessità deriva la piena applicabilità delle norme sul procedimento amministrativo.

Ben poteva e doveva l'amministrazione comunale aprire un procedimento per la revoca della precedente autorizzazione concessa nel 1999 e disporre un nuovo provvedimento autorizzatorio nel 2023 senza determinare la contemporanea pendenze di due autorizzazioni diverse all'attività di farmacia comunale.

La stasi della situazione amministrativa dal novembre 2022 all'aprile 2023 e l'assenza delle particolari esigenze di celerità nel procedimento, comprova, nella fattispecie, la piena applicabilità dell'articolo 7 della Legge 241/1990 e la conseguente illegittimità degli atti gravati.

Nel procedimento per la revoca della precedente autorizzazione concessa nel 1999 e per l'affidamento di un nuovo provvedimento autorizzatorio nel 2023 doveva e poteva essere destinatario della comunicazione di apertura la società ricorrente quale soggetto potenziale/effettivo controinteressato all'adozione dello stesso provvedimento finale.

Nel caso in esame, trattandosi di mera sostituzione del gestore nel servizio della farmacia comunale, è di immediata individuazione l'interesse alla partecipazione al procedimento

in capo all'unico soggetto ritenuto destinatario dell'effetto negativo del nuovo provvedimento adottato.

La giurisprudenza amministrativa ha più volte ribadito che deve essere data comunicazione ex articolo 7 dell'avvio del procedimento che si conclude con l'istituzione di una nuova sede farmaceutica nel territorio comunale, al titolare di altra autorizzazione nel medesimo territorio comunale e ciò in quanto la nuova autorizzazione è destinata a produrre effetti diretti e pregiudizievoli nei confronti dello stesso soggetto.

L'ottemperanza all'obbligo partecipativo nei confronti del controinteressato avrebbe evitato le ulteriori patologie procedurali di seguito evidenziate.

Ai sensi dell'articolo 21 septies della Legge 241/1990 dovrà essere dichiarata la nullità del decreto n° 8 adottato il 9 maggio 2023 dal Sindaco di Rocca Priora: *“Per pacifica, quanto consolidata giurisprudenza amministrativa “la tipica sanzione prevista per l'invalidità del provvedimento amministrativo è l'annullabilità, di applicazione giudiziale in presenza dei tre tradizionali vizi (violazione di legge, incompetenza e eccesso di potere), ora codificati sia dall'art. 21-octies, comma 1, della l. n. 241/1990, sia dall'art. 29 del Codice del processo amministrativo (n. 104/2010); la categoria della nullità assume, invece, un rilievo residuale, limitato alle ipotesi di nullità testuale (espressamente comminata da una norma di legge) e ad altri casi di gravi difetti del provvedimento, tassativamente indicati dall'art. 21-septies della legge n. 241/1990. Le cause di nullità del provvedimento amministrativo devono, quindi, oggi intendersi quale numero chiuso.”(Cons. Stato Sez. V, 02-11-2011, n. 5843). Come osservato da avveduta giurisprudenza già in epoca immediatamente successiva alla introduzione nel sistema della categoria generale del “provvedimento amministrativo nullo”, infatti, “nel diritto amministrativo la nullità costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi (oggi meglio definiti dal legislatore dopo l'entrata in vigore dell'art. 21 septies della L n. 241/90) in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale è quella della nullità. La sanzione della nullità del provvedimento è stata fino a poco tempo fa prevista solo con riferimento ad ipotesi peculiari, quali ad esempio l'assunzione nel pubblico impiego senza il filtro preventivo della procedura concorsuale, mentre oggi l'art. 21 septies L. 241/1990 prevede che il provvedimento amministrativo è nullo quando a) manchi degli elementi essenziali, b) sia viziato da difetto assoluto di attribuzione, c) sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato ed infine d) in tutti gli altri casi espressamente previsti dalla legge. La cause di*

nullità del provvedimento amministrativo devono quindi oggi intendersi quale numero chiuso. Poiché, nel caso di specie, il provvedimento di revoca dei contributi è stato emesso dall'Amministrazione competente ad adottarlo deve essere senza alcun dubbio escluso che il provvedimento possa essere considerato nullo, non essendo stato adottato da un'Amministrazione totalmente priva del potere di emanarlo.” (Cons. Stato Sez. VI, sent. n. 891 del 28-02-2006). E' stato di recente affermato, peraltro, armonicamente con tali principi che (persino)” la violazione del diritto comunitario implica solo un vizio di legittimità, con conseguente annullabilità dell'atto amministrativo. L'art. 21-septies l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, ha posto un numero chiuso di ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo e non vi rientra la violazione del diritto comunitario.” (Cons. Stato Sez. VI, 15-02-2012, n. 750) dal che, in punto di giurisdizione, ed antecedente alla entrata in vigore del codice del processo amministrativo che all'art. 30 ha positivizzato il precetto si è fatta discendere la conseguenza per cui “l'art. 21-septies l. n. 241 del 1990, nell'individuare come causa di nullità il "difetto assoluto di attribuzione", evoca la cosiddetta carenza di potere in astratto, vale a dire l'ipotesi in cui l'Amministrazione assume di esercitare un potere che in realtà nessuna norma le attribuisce. Nel caso in cui, però, l'Amministrazione è resa dalla legge effettiva titolare del potere, ma questo viene esercitato in assenza dei suoi concreti presupposti, non si è in presenza di un difetto assoluto di attribuzione. In tal caso, dove è l'esercizio del potere ad essere viziato, ma non si pone questione di sua esistenza, il provvedimento sarà annullabile, non già nullo, quindi in grado di "degradare" la posizione del privato, dal che consegue la sussistenza della giurisdizione amministrativa” (Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. n. 372/2012). Ed ancora:” La nullità del provvedimento amministrativo si configura solo nelle fattispecie tipizzate dal dall'articolo 21-septies della legge n. 241 del 1990, secondo cui è nullo “il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”; in particolare, il difetto assoluto di attribuzione, quale causa tipica di nullità del provvedimento, si configura solo in caso di carenza di potere in astratto, ossia quando l'Amministrazione esercita un potere che nessuna norma prevede (perché, diversamente, si porrebbe una mera questione di competenza)(ex multis, Cons. Stato, sez. II, 14 gennaio 2022, n. 272).

Per tutto quanto sopra è evidente anche la violazione dell'articolo 21-nonies della legge n. 241 del 1990 e l'omessa considerazione dell'interesse della ricorrente, oltre che

l'inesistenza di motivi relativi all'assetto dei soggetti coinvolti nel provvedimento e la mancata valutazione dell'interesse della collettività servita dalla zona ed il conseguente eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità.

I provvedimenti gravati, infatti, hanno ommesso del tutto di considerare le posizioni della ricorrente e la comparazione degli interessi di tutti i destinatari, così come degli effetti del provvedimento sulla collettività.

L'ordinanza sindacale, infatti non coglie le novità apportate dai recenti interventi normativi, omettendo di considerare gli interessi della collettività ed ogni valutazione di interesse pubblico, violando in tal senso anche il principio di proporzionalità.

L'odierna ricorrente, infatti, è stata privata di ogni possibilità di tutelare i propri interessi, se non mediante l'impugnazione in sede giurisdizionale del provvedimento lesivo. La partecipazione, invece, così come prevista per legge, della ricorrente all'iter procedurale eventualmente intrapreso dall'amministrazione resistente, certamente avrebbe contribuito, mediante l'esame e la valutazione degli atti tutti ed in precedenza adottati, a determinazioni ed atti diversi.

Da qui l'accoglimento del ricorso.

**4) VIOLAZIONE DI LEGGE E DI PROCEDIMENTO ED IN PARTICOLARE
ART. 110 TESTO UNICO LEGGI SANITARIE -ERRONEA
VALUTAZIONE DEI FATTI ED IN PARTICOLARE DEL PRECEDENTE
CONTRATTO DI CONCESSIONE – ECCESSO DI POTERE.**

La mancata considerazione della posizione della società controinteressata ha portato l'amministrazione comunale ad omettere importanti valutazioni circa le diverse criticità collegate alla scelta per un nuovo gestore del servizio di farmacia comunale ed all'adozione dei due atti impugnati.

L'apertura di un procedimento formale e la partecipazione del controinteressato, infatti, avrebbe consentito una azione amministrazione funzionale al risultato auspicato ed una collaborazione attiva alla valutazione delle esigenze.

L'aspetto più importante che risulta completamente ommesso è la mancata valutazione dell'avviamento che la farmacia ha assunto durante la gestione. Questo aspetto civilistico, collegato alla gestione dell'azienda, è valorizzato espressamente dalle norme ed in particolare dall'**art. 110 del Regio Decreto 27 luglio 1934, n. 1265** quando stabilisce che *"l'autorizzazione all'esercizio di una farmacia, che non sia di nuova istituzione, importa l'obbligo nel concessionario di rilevare dal precedente titolare o dagli eredi di esso gli arredi, le provviste e le dotazioni attinenti all'esercizio farmaceutico, contenuti nella*

farmacia e nei locali annessi, nonché di corrispondere allo stesso titolare o ai suoi eredi un'indennità di avviamento in misura corrispondente a tre annate del reddito medio imponibile della farmacia, accertato agli effetti dell'applicazione dell'imposta di ricchezza mobile nell'ultimo quinquennio...".

Ulteriore norma non considerata nella valutazione della situazione procedimentale è **l'art. 17 della Legge 2 aprile 1968, n. 475** (Norme concernenti il servizio farmaceutico) che espressamente riconosce il diritto all'indennità di avviamento a carico del "**vincitore di pubblico concorso di farmacia precedentemente gestita in via provvisoria, fanno carico, nei confronti del cessante, tutte le obbligazioni previste dall'articolo 110 del testo unico delle leggi sanitarie approvato con regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265**".

Un'ulteriore disposizione implicante l'obbligo al riconoscimento dell'indennità di avviamento è **l'art. 9 del DPR 21/8/71 n. 1275** (Regolamento per l'esecuzione della L. 2 aprile 1968, n. 475, recante norme concernenti il servizio farmaceutico), il quale dispone che il nuovo assegnatario della farmacia deve dimostrare di aver provveduto al pagamento dell'indennità di avviamento ai sensi degli artt. soprarichiamati, o di aver concluso opportuni accordi con gli aventi diritto ai fini del suddetto adempimento, pena la mancata assegnazione,

Si tratta di un'indennità collegata al peculiare regime di esercizio delle farmacie, che non spetta per il trasferimento di azienda, ma per effetto della decadenza dal diritto di esercizio la quale, rendendo disponibile la sede, ha permesso ad altri di continuare l'esercizio secondo meccanismi di successione che caratterizzano la disciplina pubblicistica del servizio farmaceutico.

All'omessa valutazione delle norme di settore deve essere associata la mancata considerazione del contratto di gestione assunto da ASP S.p.a. in regime di proroga fino al giorno 9 maggio scorso.

Il contratto per il rinnovo dell'affidamento del servizio farmaceutico del Comune di Rocca Priora all'Azienda Servizi Pubblici S.p.a. di Ciampino del **15 ottobre 2012** repertorio 1933, registrato presso l'Agenzia delle Entrate di Frascati il 26/10/2012 prevede il pagamento dell'indennità di avviamento in favore di ASP S.p.a. in due casi:

1. **alla scadenza del contratto** (Art. 1: *...il presente rinnovo triennale ha luogo alla espressa condizione di una rinegoziazione del valore di avviamento commerciale, attualmente fissato nella misura di € 1.608.698, 56, dovuto ad ASP S.p.a. alla scadenza del presente contratto, eventualmente ridefinendo obblighi e utilità reciproci*);

2. **in caso di recesso anticipato da parte dell'ente affidatario** (Art. 14: *in caso di recesso anticipato da parte dell'Ente affidatario il Comune di Rocca Priora riconoscerà all'azienda Servizi Pubblici S.p.a. ...l'avviamento commerciale determinato nella misura di € 1.608.698,56; a tal fine verrà calcolato anche il valore dei servizi di cui all'art. 11 del presente contratto – Servizi Aggiuntivi -*).

L'attività amministrativa collegata alla gestione del nuovo contratto ha travisato ed ignorato gli obblighi in capo al Comune di Rocca Priora derivanti dall'art. 1 del precedente contratto di affidamento che prevedeva, quale specifica condizione, la **rinegoziazione del valore dell'avviamento commerciale, riconoscendone la debenza**.

La ASP più volte sul punto ha sollecitato il Comune di Rocca Priora alla rinegoziazione del valore dell'avviamento, ma le richieste rimanevano inevase.

In particolare:

- in data 31.12.2014, alla scadenza del contratto, con nota protocollo 2014 l'A.S.P. S.p.a. formalizzava la propria disponibilità a negoziare l'indennità di avviamento; comunicazione mai riscontrata dal Comune;
- in data 23.12.2021, veniva esperito formale tentativo di mediazione fra le parti - avente ad oggetto il pagamento dell'indennità di avviamento nel suo valore da rinegoziare - al quale l'ente locale decideva di non aderire con espressa dichiarazione scritta al riguardo.

L'interpretazione delle norme richiamate e dei contratti relativi alla farmacia comunale in questione è erronea ed immotivata al punto da potersi ritenere che la valutazione discrezionale degli interessi pubblici sia stata travisata. Le valutazioni effettuate rientrano pienamente nella patologia dell'atto amministrativo qualificata come eccesso di potere e nelle figure sintomatiche indicate in epigrafe. Il mancato approfondimento della normativa di settore e del contratto richiamato ha inciso sulla formazione della volontà amministrativa allontanandola dall'obiettivo funzionale ad un corretto esercizio della scelta discrezionale. da qui l'accoglimento del ricorso.

5) SEGUE - ECCESSO DI POTERE - CONTRADDITTORIETA' TRA PIU' ATTICARENZA ASSOLUTA DI ISTRUTTORIA.

Nella parte espositiva del presente ricorso si è evidenziato come l'amministrazione resistente in maniera confusionaria ed in assenza assoluta di istruttoria abbia adottato quattro volte lo stesso atto, entrando in contraddizione su elementi essenziali del provvedimento amministrativo.

Sul punto, si evidenziano cronologicamente atti endoprocedimentali in aperto contrasto tra loro: la comunicazione del dirigente del 12 aprile 2023 che evidenziava l'esistenza di problematiche collegate a "questioni burocratiche", rinviando il cambio nella gestione concessoria al 2 maggio 2023 e non più al 17 aprile. Stessa identica comunicazione era inviata di nuovo il 27 aprile.

Nel **decreto n°5 del 28 aprile 2023** il Sindaco, ai sensi della Legge Regionale del Lazio 6 giugno 1980 n°52 autorizzava l'apertura della sede farmaceutica n° 2 del Comune di Rocca Priora nel locale sito in Via Tuscolana km 27,800 in favore della società avente la ragione sociale Farmacia Di Tullio del Dott. Di Tullio Giorgio C & S.a.s.

Del tutto assente è ogni riferimento al provvedimento di autorizzazione e al regime di farmacia comunale in concessione a favore del soggetto affidatario. Nel Decreto era prevista la direzione sanitaria al dottor Di Tullio, dichiarato idoneo e nel possesso dei requisiti.

In data **3 maggio 2023 con decreto n° 7**, il Sindaco di Rocca Priora annullava in autotutela i decreti 5 e 6 del 2 maggio 2023 (quest'ultimo mai pubblicato nell'albo pretorio) ed adottava nuovo decreto di autorizzazione alla gestione della Farmacia Comunale n° 2 alla Farmacia Di Tullio di Di Tullio Giorgio & C S.a.s. con sede in Rocca Priora Via degli Olmi 65 Partita Iva 16801221009: questo provvedimento, adottato in assenza assoluta di istruttoria, è evidente segno di contraddizione rispetto quello precedente ed ancora in contraddizione con gli atti precedenti: si indica come oggetto di autorizzazione la seconda farmacia comunale che è da ritenersi diversa dalla prima ed unica farmacia comunale gestita dalla società ricorrente dal 1999.

Con il provvedimento di autorizzazione si autorizzava anche lo spostamento dell'attività presso il nuovo locale sito in Rocca Priora Via Tuscolana 27.800 senza chiarire rispetto a quale precedente sede lo spostamento doveva ritenersi autorizzato.

Il provvedimento di revoca oltre ad essere contraddittorio è del tutto immotivato; non vi è alcuna ragione apparente che consente di comprendere l'interesse alla revoca e soprattutto il motivo per cui un identico provvedimento viene sostituito.

Nel **decreto n° 8 del 9 maggio 2023** oltre a correggere l'errore materiale nell'indicazione dell'anno 2023, si considerava errore materiale anche l'indicazione della Farmacia Comunale n° 2 contenuta nei precedenti decreti, ritenendo che tale dato dovesse interpretarsi come "Farmacia Comunale n. 1 sede della Pianta Organica del Comune n° 2" con ciò ammettendo l'evidente errore commesso in tutti i precedenti decreti e l'incertezza

e l'indeterminatezza di tutta la procedura amministrativa: nel decreto infatti si autorizza un nuovo soggetto senza revocare la precedente autorizzazione.

Nell'ordinanza contingente e necessaria del Sindaco del Comune di Rocca Priora n° **5 del 09 maggio 2023, qui gravata**, si riconosce l'esistenza di un avviamento commerciale dovuto ad ASP S.p.a. nella misura di Euro 1.608.698,56 alla scadenza del contratto e che la società a partecipazione pubblica è da ritenersi comunque obbligata alla gestione della farmacia in regime di proroga. Nell'ordinanza si riporta il decreto del Sindaco n° 7 relativo alla farmacia n° 2 in aperta contraddizione con le precisazioni della determinazione del Sindaco n° 8 del 2023; non si indica la necessità di una revoca della precedente autorizzazione concessa ad A.S.P. . Nel provvedimento si ORDINAVA la chiusura dell'attività qualifica come ABUSIVA senza indicare da quanto avesse assunto tale caratteristica anche in considerazione **dell'adozione in pari data** dell'ultima determinazione per l'autorizzazione della nuova gestione della farmacia; se nello stesso giorno si riconosce la correttezza della nuova autorizzazione, quella in proroga non può ritenersi abusiva.

Queste ripetute contraddizioni interne all'azione amministrativa sono evidente prova di una patologia dell'azione amministrativa e del suo atto finale.

L'eccesso di potere è confermato anche dalle ripetute e reiterate contraddizioni e/o omissioni che hanno contraddistinto l'azione amministrativa e si sono determinate nei due atti impugnati.

Da qui l'accoglimento del ricorso.

ISTANZA DI SOSPENSIONE CAUTELARE EX ARTT. 55 E 56 C.P.A.

Ricorrono i presupposti di fatto e di diritto, nel caso di specie, per la concessione di idonea misura cautelare, avuto riguardo al pregiudizio grave e irreparabile che subirebbe la ricorrente dal perdurare della situazione esposta.

QUANTO AL FUMUS:

Nei motivi espressi può ravvisarsi il fondamento delle questioni giuridiche collegate alla violazione dei diritti e degli interessi della società ricorrente e la evidente e ripetuta violazione di legge.

QUANTO AL PERICULUM:

Gli atti impugnati hanno rilevanti conseguenze economico patrimoniali sulla Società A.S.P. S.p.a.; la società a totale partecipazione pubblica versa in una situazione di crisi ai sensi dell'attuale Codice della Crisi di Impresa, situazione emersa nel novembre 2022 ed allo stato non risolta.

L'interruzione dell'attività aziendale in Rocca Priora reca danno evidente alla società ricorrente, costretta ad interrompere le attività in corso senza idonea programmazione e provoca una perdita certa in danno della ricorrente.

Deve essere considerato anche il costo sociale collegato agli effetti dei provvedimenti illegittimi: la farmacista ed i due addetti alla farmacia non possono trovare altra idonea collocazione lavorativa ed è facilmente prevedibile la soppressione del loro rapporto di lavoro alla luce della situazione che si è ingenerata per effetto degli atti gravati.

Peraltro, nel caso in questione è prospettabile un pregiudizio grave e irreparabile anche per gli interessi della P.A. resistente, in relazione al risarcimento dei danni eventualmente dovuti e di cui sin da ora si fa richiesta per la eventuale perdita: *"nel giudizio diretto a ottenere la condanna della P. A. al risarcimento del danno che derivi da un provvedimento amministrativo illegittimo, il privato danneggiato può limitarsi a invocare l'illegittimità di carattere sostanziale dell'atto quale indice presuntivo della colpa, dato che rimane a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore scusabile derivante da contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma o dalla complessità dei fatti, ovvero ancora dal comportamento delle parti del procedimento"* (TAR Sicilia – Palermo sent. n. 99272018).

Più precisamente si chiede che l'Ill.mo Presidente del TAR Voglia emanare decreto di immediata sospensione degli atti impugnati, data la gravità dei vizi rappresentati, fonte di grave e manifesta ingiustizia per la ricorrente; nonché in considerazione degli effetti di reverbero, per illegittimità derivata di atti.

Alla luce di quanto sopra ed anche con successivo provvedimento cautelare collegiale, si chiede che l'Ecc.mo TAR adito Voglia sospendere gli atti gravati al fine di evitare ulteriori danni per la ricorrente a seguito dell'esecuzione dell'ordinanza gravata ed i relativi conseguenti danni per la ricorrente, anche relativamente alla mancata corresponsione dell'indennità di avviamento.

Con riserva poi di proporre motivi aggiunti all'esito del deposito in giudizio da parte dell'amministrazione degli atti del procedimento non conosciuti dalla ricorrente.

P.Q.M.

Si conclude per l'accoglimento dell'istanza cautelare in uno al ricorso, nonché per l'annullamento dei provvedimenti impugnati, il tutto con ogni conseguenziale statuizione anche in ordine alle spese.

Si dichiara che il contributo unificato è pari ad euro 650,00.

Avv. Raffaele Marciano

Avv. Alessandro Valerio