

# Consiglio di Stato, Sez. V, 23/1/2008 n. 167

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

## **DECISIONE**

1.-sul ricorso in appello n. 4120 del 2006 proposto dal Comune di Gricignano di Aversa, in persona del sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall' avv. Antonio Palma ed elettivamente domiciliato in Roma, via Ennio Quirino Visconti n. 99; (presso lo studio Capecelatro-Palma);

### **contro**

il dott Matteo Cennamo e la dott. ssa Bruna Coppola, rappresentati e difesi dall' avv. Giuseppe Franco Ferrari e dall' avv. Vincenzo De Falco; presso il primo elettivamente domiciliati in Roma, via di Ripetta n.142;

-la dott.ssa Alfonsa Staiano, non costituita;

### **e nei confronti**

- del Comune di Sant' Arpino e del Comune di Caivano, in persona del rispettivi sindaci pro-tempore, non costituiti;

-della FEDERFARMA Campania, in persona del presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dall' avv. Alessandro Marotta ed elettivamente domiciliata in Roma, via Lungotevere Flaminio n.46 (studio Grez);

della FEDERFARMA Benevento, in persona del presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dall' avv. Luigi Diego Perifano ed elettivamente domiciliata in Roma via Cosseria n. 2 (presso il dott. Placidi);

-dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Caserta, in persona del suo presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Carmela De Franciscis e Carlo Grillo; elettivamente domiciliato in Roma, via Duilio n.9 (presso l' avv. Letizia Gabriele);

-dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Napoli, in persona del suo presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Italo Stajano e Serafina Laviano; elettivamente domiciliato in Roma, via Lungo Tevere Flaminio n.46 (presso il dott. Gian Marco Grez);

dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Benevento, in persona del suo presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dall' avv. Luigi Diego Perifano; elettivamente domiciliato in Roma via Cosseria n.2 (presso il dott. Placidi);

-del Consorzio Intercomunale per i Servizi Sociosanitari, non costituitosi;

-della soc. INCO-FARMA Farmacie Intercomunali s.p.a. non costituitosi,

-dei sig.ri Domenico Pezone, Francesco Gravina, Umberto D' Alia, Gennaro Zagaria, rappresentati e difesi dall' avv. Vincenzo Napoli; elettivamente domiciliati in Roma, Piazza Capo di Ferro, presso la segreteria della Consiglio di Stato;

-dei sig.ri Antonio Fresa, Maria Falco, Gennaro Saviano, non costituiti;

### **con gli interventi ad adiuvandum**

della soc. Mages s.r.l e della sig.ra Immacolata Caso, rappresentate e difese dall' avv. Angelo Saturno; elettivamente domiciliate in Roma, p.zza della Libertà n. 20 (presso l' avv. Angelo Maietta);

della soc. I.Ge.SS S.p.A, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall' avv. Antonio Palma ed elettivamente domiciliata in Roma via E. Quirino Visconti n. 99;

2 sul ricorso in appello n. 4313 del 2006 proposto dalla soc. INCO-FARMA spa, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall' avv. Mario R. Spasiano ed elettivamente domiciliata in Roma, via G.Paisiello n. 55 (presso lo studio dell' avv. Franco Gaetano Scoca);

### **contro**

il dott Matteo Cennamo e la dott.ssa Bruna Coppola, rappresentati e difesi dall' avv. Giuseppe Franco Ferrari e dall' avv. Vincenzo De Falco; presso il primo elettivamente domiciliati, in Roma, via di Ripetta n.142;

la dott.ssa Alfonsa Staiano, non costituita;

### **e nei confronti**

dei Comuni di Caivano, Sant'Irpino, Gricignano d' Aversa, in persona dei rispettivi sindaci pro-tempore, non costituiti;

della FEDERFARMA Campania, in persona del presidente pro-tempore, non costituita;

della FEDERFARMA Benevento, in persona del presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dall' avv. Luigi Diego Perifano ed elettivamente domiciliata in Roma via Cosseria n. 2 (presso il dott. Placidi);

dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Caserta, in persona del suo presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Carmela De Franciscis e Carlo Grillo ed elettivamente domiciliato in Roma, via Duilio n. 9 (presso l' avv. Letizia Gabriele);

dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Napoli, in persona del suo presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Italo Stajano e Serafina Laviano, ed elettivamente domiciliato in Roma, via Lungo Tevere Flaminio n. 46 (presso il dott. Gianmarco Grez);

dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Benevento, in persona del suo presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dall' avv. Diego Perifano ed elettivamente domiciliato in Roma via Cosseria n.2 (presso il dott. Placidi);

del Consorzio Intercomunale per i Servizi Sociosanitari, ricorrente incidentale, rappresentato e difeso dall' avv. Franco Gaetano Scoca ed elettivamente domiciliato in Roma, via G. Paisiello n. 55;

dei sig.ri Domenico Pezone, Francesco Gravina, Umberto D' Alia, Gennaro Zagaria, rappresentati e difesi dall' avv. Vincenzo Napoli ed elettivamente domiciliati in Roma, presso la segreteria del Consiglio di Stato;

dei sig.ri Antonio Fresa, Maria Falco, Gennaro Saviano, non costituiti

### **con gli interventi ad adiuvandum**

della soc. Mages s.r.l e della sig.ra Immacolata Caso, rappresentate e difese dall' avv. Angelo Saturno ed elettivamente domiciliate in Roma, P.zza della Libertà n. 20 (presso l' avv. Angelo Maietta);

3- sul ricorso in appello n. 4610 del 2006, proposto dalla soc.I.GE.SS. spa, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall' avv. Antonio Palma ed elettivamente domiciliata in Roma, via Q. Visconti n. 99;

**contro**

il dott Matteo Cennamo e la dott.ssa Bruna Coppola, rappresentati e difesi dall' avv. Giuseppe Franco Ferrari e dall' avv. Vincenzo De Falco e presso il primo elettivamente domiciliati in Roma, via di Ripetta n. 142;

la dott.ssa Alfonsa Staiano, non costituitasi,

**e nei confronti**

dei Comuni di Arpino, di Caivano e di Gricignano d' Aversa in persona dei rispettivi sindaci pro-tempore, non costituiti;

dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Caserta, in persona del suo presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Carmela De Franciscis e Carlo Grillo; elettivamente domiciliato in Roma, via Duilio n. 9 (presso l' avv. Letizia Gabriele);

della FEDERFARMA Benevento, in persona del presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dall' avv. Diego Perifano ed elettivamente domiciliata in Roma via Cosseria n. 2 (presso il dott. Placidi);

dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Benevento, in persona del suo presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dall' avv. Luigi Diego Perifano; elettivamente domiciliato in Roma via Cosseria n.2 (presso il dott. Placidi);

dei sig.ri Domenico Pezone, Francesco Gravina, Umberto D' Alia, Gennaro Zagara, Antonio Fresa, Maria Falco, Gennaro Saviano, non costituiti;

della soc. INCO-FARMA Farmacie Intercomunali s.p.a. non costituita;

del Consorzio Intercomunale per i Servizi Sociosanitari, non costituito;

della FEDERFARMA Campania, in persona del presidente pro-tempore, non costituita;

dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Napoli, in persona del suo presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Italo Stajano e Serafina Laviano; elettivamente domiciliato in Roma, Lungo Tevere Flaminio n. 46 (presso il dott. Gian Marco Grez);

4.- sul ricorso in appello n. 5344 del 2006 proposto dal Comune di Cercola, in persona del sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall' Avv. Giuseppe Abbamonte; elettivamente domiciliato in Roma, via G. Porro n. 8

**contro**

il dott Matteo Cennamo e la dott.ssa Bruna Coppola, rappresentati e difesi dall' avv. Giuseppe Franco Ferrari e dall' avv. Vincenzo De Falco; presso il primo elettivamente domiciliati in Roma, via di Ripetta n. 142;

-la dott.ssa Alfonsa Staiano, non costituita;

**e nei confronti**

dei Comuni di Caivano, di Gricignano d' Aversa, di San' Arpino, in persona dei loro rispettivi sindaci pro-tempore, non costituiti;

del Consorzio Intercomunale per i Servizi Sociosanitari, non costituitosi;

dei sig.ri Domenico Pezone, Francesco Gravina, Umberto D' Alia, Gennaro Zagaria, Antonio Fresa, Maria Falco, Gennaro Saviano, non costituiti;

della FEDERFARMA Benevento, in persona del presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dall' avv. Luigi Diego Perifano ed elettivamente domiciliata in Roma via Cosseria n. 2 (presso il dott. Placidi);

della soc. INCO-FARMA- Farmacie Intercomunali s.p.a., non costituitasi;

della FEDERFARMA Campania, in persona del presidente pro-tempore, non costituita;

dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Caserta, in persona del suo presidente pro-tempore, non costituito;

dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Napoli, in persona del suo presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Italo Stajano e Serafina Laviano; elettivamente domiciliato in Roma, Lungo Tevere Flaminio n. 46 (presso il dott. Gian Marco Grez);

dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Benevento, in persona del suo presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dall' avv. Diego Perifano ed elettivamente domiciliato in Roma via Cosseria n. 2 (presso il dott. Placidi);

#### **per la riforma**

della sentenza 23 marzo 2006 n. 3135, resa dal Tribunale Amministrativo regionale per la Campania -sez.I, concernente l' affidamento del servizio della gestione integrata delle farmacie comunali;

Visti gli atti di costituzione in giudizio, sul ricorso n. 4120 del 2006: del dott Matteo Cennamo, della dott. Bruna Coppola, della FEDERFARMA Campania, della FEDERFARMA Benevento, dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Caserta, dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Napoli, dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Benevento, dei sig.ri Domenico Pezone, Francesco Gravina, Umberto D' Alia, Gennaro Zagaria, della soc. Mages s.r.l, della sig.ra Immacolata Caso, della soc. I.Ge.SS S.p.A;

sul ricorso n.4313 del 2006: del dott Matteo Cennamo, della dott.ssa Bruna Coppola, della FEDERFARMA Benevento, dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Caserta, dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Napoli, dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Benevento, dei sig.ri Domenico Pezone, Francesco Gravina, Umberto D'Alia, Gennaro Zagara (titolari di farmacie site nell' ambito del territorio consortile), del Consorzio Intercomunale per i servizi socio sanitari, della soc. Mages s.r.l, della sig.ra Immacolata Caso;

sul ricorso n.4610 del 2006: del dott Matteo Cennamo, della dott.ssa Bruna Coppola, dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Caserta, della FEDERFARMA Benevento, dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Benevento, dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Napoli;

sul ricorso n. 5344 del 2006: del dott Matteo Cennamo, della dott.ssa Bruna Coppola,

della FEDERFARMA Benevento, dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Napoli, dell' Ordine dei Farmacisti della provincia di Benevento;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 27 marzo 2007, il Cons. Giancarlo Giambartolomei;

Uditi, altresì, gli avvocati Palma, De Franciscis, Grillo, Ferrari, De Falco e Taria, quest'ultimo per delega di Stajano;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

**FATTO**

A- I Comuni di Caivano, Castelvoturno, Cercola, Gricignano d'Aversa, Palma Campania, Poggiomarino, Rocca Bascerana, S' Arpino e Terzigno nel gennaio del 2004 costituirono, ai sensi del T.U. sugli Enti Locali (d.lvo 18 agosto 2000 n. 267), un Consorzio, denominato Consorzio Intercomunale per i servizi socio-sanitari (C.I.SS.) per l'esercizio integrato e coordinato di funzioni e di servizi socio sanitari aventi carattere di pubblica utilità, rientrante nelle finalità istituzionali proprie degli stessi Enti locali.

Con bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale in data 7/8/2004 e nella G.U.C.E., il C.I.SS. indisse una gara d'appalto ( a procedura ristretta con termini abbreviati ex art. 1, comma 4°, del D.P.R. 16 settembre 1996 n. 533 e dell'art.10, comma 8°, del D.L.Vo 17 marzo 1995 n. 157) avente ad oggetto la scelta del socio privato di maggioranza per la costituzione di una società mista il cui 75% delle azioni era detenuto dal socio privato.

Con la suddetta gara, il Consorzio intese costituire una società, a prevalente capitale privato, avente quale oggetto sociale la gestione delle farmacie dei Comuni aderenti al Consorzio medesimo e che sarebbero rimasti titolari delle rispettive farmacie comunali.

Espletata la procedura ad evidenza pubblica, la Soc. I.Ge.SS. spa risultò aggiudicataria dell'appalto.

Tra la soc. I.Ge.SS. spa ed il Consorzio intercomunale "C.I.SS." venne costituita la Soc. INCO.FARMA spa., il cui capitale era detenuto nella quota del 25% dal Consorzio, il quale si riservava poteri di indirizzo e di controllo.

La Soc. INCO.FARMA spa, con bando 20/6/2005, indisse un concorso pubblico per l'assunzione a tempo determinato di 8 farmacisti direttori di farmacie da collocarsi nelle sedi farmaceutiche assegnate ai Comuni consorziati.

Con ricorso n. 14149/03 (notificato il 18 dicembre 2003) la dott.ssa Alfonsa Staiano, titolare di una farmacia privata nel Comune di Sant'Arpino, impugnò la deliberazione consiliare n. 58 del 28/11/2003, con la quale detto Comune aveva aderito alla costituzione del Consorzio ed aveva approvato lo statuto e lo schema di convenzione tra i Comuni consorziati.

Con successivo ricorso n. 4490/05, notificato il 6 giugno 2005, la dott.ssa Alfonsa Staiano impugnò:

- le delibere adottate dai Comuni di Caivano e di Sant' Arpino relative alla costituzione del Consorzio;le delibere assunte dal Consorzio per la costituzione e per la scelta del socio di maggioranza della società ( la INCO.FARMA spa) cui affidare la gestione delle farmacie comunali, nonché gli atti presupposti alle delibere del Consiglio di Amministrazione della INCO.FARMA spa concernenti l'assunzione di personale farmaceutico.

Con atto di motivi aggiunti notificato l' 8 luglio 2005, la stessa ricorrente impugnò:

-gli atti della gara indetta dal Consorzio intercomunale per la scelta del socio privato di maggioranza della INCO.FARMA spa; nonché gli atti della procedura di selezione di personale farmaceutico da quest' ultima promossa.

Infine, con ricorso n. 5914 del 2005, notificato il 26 luglio 2005, il dott. Matteo Cennamo, titolare di una farmacia privata con sede nel Comune di Gricignano d' Aversa, impugnò:la delibera di adesione al Consorzio adottata dal Comune di Cricignano d' Aversa, l'atto costitutivo e lo statuto del Consorzio; gli atti relativi alla scelta del socio privato e quelli di costituzione della INCO.FARMA spa; i provvedimenti di affidamento alla predetta società del servizio farmaceutico; nonché il bando di concorso pubblico indetto dall' INCO.FARMA spa per l'assunzione di farmacisti da proporre alla direzione delle farmacie comunali dei Comuni consorziati.

Con sentenza n. 3135 del 23 marzo 2006, in questa sede gravata, il TAR Campania, Napoli, Sez. I, previa riunione dei tre ricorsi:

- respinse il primo ricorso (n. 14149 del 2003) proposto dalla dott.ssa Staiano avverso la deliberazione di adesione del Comune di Sant'Arpino al Consorzio C.I.SS.;

-nel richiamo agli attuali orientamenti della Corte di Giustizia ed ai principi enunciati nella sentenza 18 novembre 1999 (in causa Teckal c. 107/98) della Corte di Giustizia, accolse il secondo motivo di diritto del ricorso n. 5914 del 2005, non ritenendo sussistere i requisiti per l' affidamento in "house" del servizio di gestione delle farmacie comunali alla INCO.FARMA spa per difetto del requisito del controllo analogo e, conseguentemente, annullò i provvedimenti di affidamento di detto servizio alla INCO.FARMA s.p.a.;

-dichiarò il ricorso 4490 del 2005 improcedibile per soprappiù difetto d' interesse, essendo stato accolto il ricorso n. 5914 del 2005.

In esecuzione della sentenza del TAR Campania n 3135/06, con decreto n. 123 del 12.4.2006 il dirigente dell'Area Generale di Coordinamento- Assistenza Sanitaria della Regione Campania, revocò il precedente suo decreto n. 64/ 2006 con il quale era stata attribuita al Comune di Cercola la titolarità della sede farmaceutica urbana di nuova istituzione.

B.-La sentenza del TAR Campania n. 3135/2006 è stata gravata con più ricorsi in appello il primo dei quali, proposto dal Comune di Gricignano d' Aversa, reca il n. 4120 del 2006 ed è diretto avverso l' annullamento dei provvedimenti che hanno condotto all' affidamento del servizio farmaceutico consortile alla soc. INCO.FARMA spa.

Questi i motivi dedotti:

difetto di contraddittorio;

-i ricorsi in primo grado nn. 4990 e 5914 del 2005 dovevano essere notificati anche alla soc. I.Ge.SS. spa, che aveva vinto la gara diretta alla scelta del socio privato, ed ai Comuni consorziati; la controversia andrebbe rimessa al giudice di primo grado;

violazione delle regole del cumulo;

con i ricorsi n.4490 e n. 5914 del 2005 furono impugnati atti tra i quali non sarebbe individuabile un nesso teleologico;

violazione dell' art. 100 cpc per essere entrambi i ricorrenti (la dott.ssa Staiano ed il dott. Cennamo) privi di legittimazione in quanto non erano portatori di un interesse strumentale alla messa in discussione delle modalità di gestione delle farmacia comunali;

violazione e falsa applicazione dell' art. 21 della l. n.1034 del 1971 per non aver la sentenza impugnata riconosciuto la irricevibilità per tardività del ricorso, notificato il 26 luglio 2005, proposto dal dott. Cennamo e del secondo ricorso, notificato l' 8 luglio 2005, proposto dalla dott.ssa Staiano;

violazione degli artt. 43 e 49 del Trattato CEE- errore nei presupposti di fatto;

del tutto contraddittoriamente la sentenza, dopo aver qualificato la gestione delle farmacie servizio pubblico privo di rilevanza economica, non ha tratto la necessaria conseguenza che si versa in un settore in cui è esclusa l' applicazione delle regole della concorrenza per cui il motivo accolto del ricorso del dott. Cennamo avrebbe dovuto essere respinto;

violazione dell' art. n.113 del D.Lgs. 18/8/2000 n.267e degli artt. 43 e 49 del Trattato CEE- qualora la gestione delle farmacie, a prescindere dall' accertamento di senso opposto espresso del giudice di prime cure, si ritenesse riconducibile ad attività di rilievo economico o si ritenesse che i principi della concorrenza valgono anche per i settori privi di rilevanza economica, sarebbe mancato il conferimento diretto della gestione delle farmacie comunali perché è stata istituita una società mista (la INCO.FARMA spa) dopo aver esposto apposta gara; la Corte di Giustizia CEE, nella causa c. 410 del 2004, con sentenza 6 aprile 2006, ha ritenuto conforme al diritto comunitario l' art. 113, quinto comma, del d.lgv n. 267 del 2000.

Sul terzo motivo del ricorso in primo grado del dott. Cennamo sarebbe soprappiù il difetto d' interesse in quanto con atto notarile 27 gennaio 2006 è stato modificato l' oggetto sociale dello statuto del Consorzio intercomunale ed è stata eliminata la possibilità di svolgere "ogni altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco".

Con controricorso, depositato il 21 giugno 2006, il dott. Cennamo e la dott. Bruna Coppola hanno preliminarmente eccepito l' inammissibilità dell' appello proposto dal Comune di Gricignano d' Aversa per carenza d' interesse e di legittimazione attiva, essendo il destinatario degli effetti della sentenza di primo grado il Consorzio, che agirebbe in nome e per conto degli enti consorziati, o la soc. INCO.FARMA spa affidataria del servizio. La sentenza gravata non ha annullato gli atti comunali di adesione al Consorzio.

Hanno, poi, riproposto le seguenti censure assorbite in primo grado:

a-violazione dell' art. 8 co.1 lett. A) della l. 362 del 1991, come interpretato dalla Corte Costituzionale con sentenza 24 luglio 2003 n. 275 (la norma è stata dichiarata illegittima nella parte in cui non prevede che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali è incompatibile con qualsiasi altra attività del settore quali la produzione e la distribuzione);

b.- violazione dell' art. 113 t.u. n. 267 del 2000 per la totale impossibilità da parte dell' Ente locale di verificare concretamente il rispetto degli obblighi assunti dalla società;

c.- violazione dell' art. 115 e dell' art. 147 del dlgs n. 267 del 2000 in quanto, istituito il Consorzio intercomunale allo stesso non sarebbe stato consentito di istituire una società mista;

d.- violazione dell' art. 113 t.u. n. 267 del 2000 sotto altro profilo;

verrebbe violata la disciplina comunitaria in materia di concorrenza e verrebbe violata la ratio dell' art. 113 creando un monopolio di fatto (l' impegno extra territoriale distoglierebbe risorse e mezzi senza apprezzabili ritorni per la collettività - cfr. C.S., Sez. IV, 29 settembre 2005 n. 5204).

Con atto notificato il 31 maggio 2006 e depositato l' 8 giugno 2006, la soc. I.Ge.SS. spa, aggiudicataria della gara ad evidenza pubblica indetta dal Consorzio Intercomunale per i servizi socio-sanitari, (C.I.SS.), è intervenuta ad adiuvandum; chiesta la riunione con il ric. n. 4610 del 2006, ha eccepito la mancata notifica nei suoi confronti del ricorso e dei motivi aggiunti, proposti in primo grado, che avevano ad oggetto anche il bando di gara per la scelta del partner societario privato della INCO.FARMA spa.

Si sono costituite la Federfarma Campania, con atto depositato l' 8 giugno 2006, e la Federfarma Benevento, con atto depositato il 23 giugno 2006., insistendo per la conferma della sentenza gravata.

Con memoria depositata il 27 marzo 2007, l' appellante Comune di Gricignano d' Aversa ha ulteriormente illustrato le proprie ragioni .

Con ordinanza 27/6/2006 n. 3208 questa Sezione ha accolto l' istanza cautelare nel rilievo dell' "inapplicabilità al caso di specie dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di "house providing".

B1.- Il secondo atto d' appello (n. 4313 del 2006), notificato il 6 maggio 2006 e depositato in data 18 maggio 2006, è stato proposto dalla società INCO.FARMA spa ed ha a suo oggetto la sentenza del TAR Campania n. 3135/2006 nella parte in cui sono stati annullati i provvedimenti di affidamento alla società stessa del servizio di gestione integrata delle farmacie comunali.

Questi i motivi dedotti:

1.- erronea sarebbe la sentenza per non aver dichiarato inammissibili i ricorsi di prime cure per carenza di interesse e difetto di legittimazione dei ricorrenti in primo grado (Staiano e Cennamo);

2.-il bando di gara non precludeva ai farmacisti privati di partecipare alla gara (cfr l' art. 7 del capitolato d' oneri della gara indetta per l' individuazione del socio per la gestione del servizio in questione) per cui i due farmacisti, ricorrenti in primo grado, avrebbero dovuto fare domanda per essere poi soggetti incisi dal suo esito;

3.-erroneità della sentenza per non aver riconosciuto la irricevibilità per tardività dei ricorsi nn. 4490 e 5914 del 2005 e per non aver rilevato l' omessa impugnazione in primo grado della delibera di approvazione regionale della pianta organica nella quale sono state previste le farmacie comunali poi consorziate;

4.-violazione dell' art. n. 113 del D.Lgs. 18/8/2000 n. 267, in ragione della erronea configurazione, quale affidamento "in house", del conferimento della gestione del servizio di farmacia comunale e delle attività connesse nei Comuni consorziati alla società mista INCO.FARMA spa.

Con appello incidentale, notificato il 17 maggio 2006, il Consorzio Intercomunale per i Servizi Socio Sanitari (C.I.SS.), avverso la sentenza n. 3135 del 2006 ha presentato motivi di identico contenuto a quelli indicati sotto i numeri 1, 3 e 4 del ricorso principale (n. 4313 del 2006).

Con controricorso, depositato il 21 giugno 2006, il dott Cennamo e la dott. Bruna Coppola hanno controdedotto ai motivi dell' appello principale e di quello incidentale.

Hanno poi riesposto le censure assorbite in primo grado ed identiche a quelle riportate sotto le lett. a),b),c) e d) del controricorso di pari data depositato nell' appello n. 4120 del 2006 .

Nei ricorsi nn. 4120 del 2006 e 4313 del 2006, con comparse di costituzione e di risposta depositate il 27 giugno 2006 e con memorie depositate il 27 febbraio 2007, l' Ordine dei Farmacisti nella Provincia di Caserta ha controdedotto alle argomentazioni degli appellanti, richiamando la decisione n. 4440 del 13 luglio 2006 del Consiglio di Stato (l' assegnazione diretta in "house" dei servizi pubblici è ammessa purchè non sia prevista la possibilità nello Statuto di cedere a terzi una quota di capitale sociale); per la Corte di Giustizia delle Comunità europea sarebbe escluso che un soggetto pubblico possa attribuire in via diretta la concessione di un servizio se non esercita sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Nei ricorsi nn. 4120 del 2006 e 4313 del 2006, con atti 1° giugno 2006 la società Mages srl, in persona del suo rappresentante legale sig. Vendittoli, e la sig.ra Immacolata Caso sono intervenuti ad adiuvandum e, con memoria 26 giugno 2006, hanno eccepito la carenza di giurisdizione del giudice adito, il difetto di interesse in capo ai ricorrenti in primo grado, la tardività dei ricorsi in primo grado.

L' Ordine dei farmacisti della Provincia di Napoli, con comparsa di costituzione depositata il 22 maggio 2006 e con memoria depositata il 14 marzo 2007 (nel ricorso n. 4120 del 2006), con comparsa di costituzione depositata il 24 maggio 2006 e con memorie depositate il 15 giugno 2006 ed il 14 marzo 2007 (nel ricorso n.4313 del 2006) ha chiesto il rigetto degli appelli e con atti depositati (nei ricorsi nn. 4120 del 2006 e 4313 del 2006) il 9 giugno 2006 ed il 14 marzo 2007 ha eccepito l' inammissibilità dell' intervento della soc. Mages e della sig.ra Caso; il costituito Ordine ha poi contraddetto all' eccezione di difetto di giurisdizione.

Nel ricorso n.4313 del 2006 si è costituita la Federfarma Benevento con atto depositato il 23 giugno 2006, insistendo con memoria del 14 marzo 2007 per la conferma della sentenza gravata in appello.

Nei ricorsi nn. 4120 e 4313 del 2006 si sono costituiti, infine:

l' Ordine dei farmacisti della provincia di Benevento con memoria depositata il 23 giugno 2006;

i dott.ri: Umberto D' Alia, Franco Gravina, Domenico Pezone e Gennaro Zagara (memoria 26 marzo 2007).

Nei ricorsi nn. 4120 e 4313 del 2006, con memorie depositate il 16 marzo 2007, il dott Cennamo e la dott.ssa Coppola hanno richiamato nel merito i nuovi orientamenti della Corte di Giustizia ai quali il Consiglio di Stato si sarebbe adeguato con recenti decisioni (V, 30 agosto 2006 n. 5072; CSI 27 ottobre 2006 n. 589).

Con memoria depositata il 16 marzo 2007 l' appellante soc. INCO.FORMA ( appello n. 4313 del 2006) ha ulteriormente illustrato le proprie ragioni, rilevando la inammissibilità, in quanto non proposta in primo grado, della censura di eccessiva vincolatività dello statuto consortile in ordine ad un' eventuale volontà di recesso da parte dei Comuni consorziati.

Con memoria depositata il 15 marzo 2007 il Consorzio intercomunale (C.I.SS.), appellante incidentale, ha reso le proprie articolate conclusioni.

Con ordinanza 27/6/2006 n. 3230 questa Sezione ha accolto l' istanza cautelare nel rilievo dell' "inapplicabilità al caso di specie dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di "house providing".



B2.- Un terzo atto d' appello (n. 4610 del 2006) avverso la sentenza del TAR Campania n. 3135/2006 è stato proposto dalla società I.Ge.SS spa, risultata aggiudicataria della gara per la scelta del socio privato al fine di costituire la società mista di cui sopra. Sono stati dedotti motivi di identico contenuto di quelli indicati sotto i nn. 1,2,4,5 e 6 dell' appello n. 4120 del 2006.

Con controricorso, depositato il 21 giugno 2006, il dott. Cennamo e la dott. Coppola hanno precisato di non aver mai avuto conoscenza:

-della delibera 24 marzo 2005 n. 2, con la quale la soc. INCO.FARMA spa ha indetto il bando di concorso per l' assunzione di 8 farmacisti;

-della delibera n. 7 del 31 gennaio 2003 di adesione del Comune di Gricignano al Consorzio (C.I.SS.);

-dell' atto costitutivo e dello statuto del C.I.SS.;

-degli atti costitutivi della soc. INCO.FARMA s.p.a.;

-di tutti gli atti relativi all' indizione della gara per la scelta del partner societario privato della soc. INCO.FARMA spa;

-della delibera di aggiudicazione alla soc. I.Ge.SS.;

hanno poi eccepito l' inammissibilità dell' appello della soc. I.Ge.SS. perché è solo un socio della soc. INCO.FARMA spa.

Con atto depositato il 23 giugno 2006, si è costituita la FEDERFAMA di Benevento. Con atto depositato il 27 giugno 2006, si è costituito l' Ordine dei farmacisti della provincia di Caserta che ha depositato un' ulteriore memoria il 27 febbraio 2007.

Con atto depositato il 26 giugno 2006, si è costituito l' Ordine dei farmacisti della provincia di Benevento e, con atto depositato il 5 giugno 2006, l' Ordine dei farmacisti della provincia di Napoli che ha depositato un' ulteriore memoria il 14 marzo 2007.

Con memoria depositata in vista dell' odierna udienza, il dott. Cennamo e la dott.ssa Coppola hanno ribadito le tesi difensive già precedentemente esposte nel loro controricorso.

Con memoria depositata il 16 marzo 2007, la soc. I.Ge.SS. spa ha contraddetto all' eccezione d' inammissibilità del suo appello.

Con ordinanza 27/6/2006 n. 3209 questa Sezione ha accolto l' istanza cautelare nel rilievo dell' "inapplicabilità al caso di specie dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di "house providing".

B3 Con il quarto atto d' appello (n. 5344 del 2006) il Comune di Cercola ha proposto i motivi:

1.- di violazione dell'art. 100 cpc,( ricorrenti in primo grado sarebbero carenti d' interesse a ricorrere e privi di legittimazione);

2.-di violazione e falsa applicazione degli art. 21 e 26 della l. n. 1034 del 1971, per non aver la sentenza impugnata riconosciuto la irricevibilità per tardività dei ricorsi nn. 4490 e 5914 del 2005

3.-erroneamente la sentenza ha affermato che occorre attivare una gara ad evidenza pubblica anche nell' ipotesi in cui una procedura selettiva è stata effettuata a monte, contestualmente alla scelta del socio privato, individuato per

costituire una società mista cui affidare la gestione di un determinato servizio pubblico.

Si sono costituiti: la Federfarma di Benevento, l'Ordine dei farmacisti della provincia di Benevento, l'Ordine dei farmacisti della provincia di Napoli.

Hanno proposto controricorso il dott Cennamo e la dott.ssa Coppola.

Con ordinanza 27/6/2006 n. 3235 questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare nel rilievo dell'"inapplicabilità al caso di specie dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di "house providing"".

## DIRITTO

1.- Ai sensi dell'art. 335 c.p.c., i quattro appelli debbono essere riuniti perché investono la stessa sentenza.

2.- Oggetto del giudizio d'appello è la sentenza 23 marzo 2006 n. 3135 (TAR Campania-sez. I) nella parte in cui, dopo aver respinto le eccezioni di carenza di interesse in capo ai due farmacisti privati ad impugnare gli atti di costituzione della società a capitale misto (INCO.FARMA spa) e d'affidamento alla stessa della gestione ("generatrice di un temibile volume di concorrenza") delle farmacie di cui erano titolari nove Comuni (Caivano, Castelvoturno, Cercola, Gricignano d'Aversa, Palma Campania, Poggiomarino, Rocca Bascerana, S' Arpino e Terzigno) costituiti in Consorzio (C.I.SS.) e di tardività (non sarebbe stata offerta prova della conoscenza "dell'atto impugnato"), il giudice di prime cure ha accolto, "nei limiti di cui in motivazione", il ricorso n. 5914 del 2005 del dott. Cennamo, trattato congiuntamente al ricorso n. 4490 del 2005 della dott.ssa Staiano a fronte di una riconosciuta identità degli atti impugnati e di "una parziale coincidenza" delle censure dedotte.

Per l'esattezza, il dispositivo della sentenza reca l'annullamento dei soli

"provvedimenti di affidamento del servizio di gestione integrata delle farmacie comunali alla INCO.FARMA spa" e la declaratoria di improcedibilità del secondo ricorso proposto dalla dott.ssa Staiano il cui interesse fatto valere (a che "l'INCO-FARMA non addivenisse alla gestione integrata delle farmacie comunali") avrebbe trovato "soddisfazione" a seguito dell'accoglimento del ricorso n. 5914 del 2005. Un primo ricorso (n. 14149 del 2003) proposto dalla dott.ssa Staiano è stato, invece, respinto in quanto ha ritenuto il giudice adito che l'adesione del Comune di Sant'Arpino al Consorzio denominato C.I.SS. fosse "giustificata... con l'importanza, ritenuta "significativa" per i cittadini, della realizzazione ed erogazione di tutti i servizi oggetto del Consorzio, della semplificazione dell'organizzazione dei medesimi servizi, dell'ottimizzazione dei risultati e dei ricavi di spesa,..".

Il parziale accoglimento ha trovato ragione nei limiti posti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento c.d. "in house" dei servizi pubblici, essendo illegittimo l'affidamento diretto della gestione delle farmacie comunali alla INCO.FARMA spa, mancando il presupposto del controllo "analogo".

L'accoglimento del secondo motivo del ricorso n. 5914 del 2005 avrebbe fatto venir meno l'interesse del dott. Cennamo "alla contestazione degli ulteriori atti impugnati e segnatamente del bando di concorso pubblico (e della relativa delibera d'indizione) promosso dalla INCO.FARMA per l'assunzione dei dottori farmacisti delle deliberazioni del consiglio comunale del Comune di Gricignano di Aversa aventi ad oggetto l'adesione al Consorzio e l'approvazione dello Statuto e della convenzione, dell'atto di costituzione dello Statuto e del Consorzio; dei provvedimenti di costituzione della INCO.FARMA e degli atti della gara per la selezione del suo socio privato"; e ciò in quanto da tali atti, in ogni caso nessuna lesione potrebbe derivare ai suoi interessi.

In mancanza d'appello (principale od incidentale), sui capi di domanda proposti in primo grado rigettati, o dichiarati inammissibili per l'inesistenza di una lesione e, dunque, di una condizione dell'azione, si è formato il giudicato o, quanto meno, in mancanza della riformulazione in appello di censure che li riguardino.

Il riferimento è agli atti comunali di costituzione del Consorzio ed a quelli della soc.INCO.FARMA spa d'indizione del concorso per l'assunzione di otto farmacisti.

E' stato fatto oggetto d'appello il solo capo con la quale la sentenza ha disposto l'annullamento degli atti d'affidamento del servizio farmaceutico cui si correlano le riproposte eccezioni di inammissibilità, respinte in primo grado.

Per la individuazione degli atti annullati dal giudice di prime cure (che ha rilevato la "genericità" dell' indicazione degli atti impugnati per quanto concerne il ricorso n. 4490 del 2005 ed, in qualche misura, il ricorso n. 5914 del 2005 ) e, conseguentemente, dell' oggetto del gravame in appello, si rendono necessarie ulteriori preliminari precisazioni.

L' art. 3 dell' atto costitutivo e, più puntualmente, l' art. 3 del suo Statuto definirono in modo inequivoco che tra gli scopi del Consorzio vi era "la gestione di farmacie" e che lo stesso Consorzio "in luogo di una gestione imprenditoriale in via diretta" avrebbe potuto costituire "società di capitale pubblico o miste ....cui affidare l' espletamento di tutte le attività o parte delle attività rientranti nel suo scopo sociale". La successiva adesione di un Comune al Consorzio già costituito avrebbe comportato "l' automatico trasferimento" dei servizi di assistenza farmaceutica, già affidati a ciascun comune, al Consorzio od alla società.

Con delibera 26 febbraio 2004 n.1 il C.d.A. del C.I.SS addivenne alla determinazione di costituire una società a prevalente capitale privato avente ad oggetto il servizio "di gestione delle farmacie comunali" (punto II,1,6 del bando della gara indetta dal C.I.SS. per la scelta del socio privato). Anche l' estratto del bando di gara ebbe a riferimento l' indizione di una gara di licitazione privata "per la costituzione di una società per azioni mista pubblico- privata per la gestione del servizio integrato di Farmacia Comunale nei Comuni consorziati titolari".

Vinta la gara dalla soc. I.Ge.SS. spa, la stessa, a mezzo d' atto notarile, costituì con il Consorzio la soc. INCO.FARMA spa (a prevalente capitale privato) il cui principale scopo era " la gestione delle farmacie nella titolarità dei Comuni aderenti al Consorzio" (art. 4 dello Statuto); in data 8 aprile 2005 venne, infine, sottoscritto un contratto (mero atto esecutivo) per disciplinare i rapporti con la società già "affidataria" del servizio di gestione delle farmacie di cui i Comuni Consorziati disponevano della titolarità.

E' di tutta evidenza che la situazione che ebbe a concretizzare l' affidamento diretto del servizio deve essere ricondotta agli atti costitutivi della società ed in quelli di selezione del socio privato ed, in conseguenza, che "i provvedimenti di affidamento del servizio di gestione integrata delle farmacie comunali alla IN.COFARMA spa", annullati dal giudice di prime cure, si identificano con gli atti consortili che, di seguito alla delibera del C.d.A. n.1 del 2004, hanno portato alla creazione della soc. INCO.FARMA spa medesima, inerendo con immediatezza ed automaticità a tale costituzione la gestione delle farmacie comunali di cui erano titolari i Comuni consorziati.

3.- Circoscritto l' oggetto del giudizio in appello, possono ora essere trattate le eccezioni preliminari che lo riguarda .

3.1.- Nel ricorso n. 4120 del 2006 il dott. Cennamo e la dott.ssa Coppola, deducono la carenza d' interesse e di legittimazione in capo al Comune di Gricignano d' Aversa al quale sarebbe stato precluso di interporre gravame avverso una sentenza le cui statuizioni d' annullamento avevano a loro destinatario il Consorzio, unico legittimato ad agire in nome e per conto degli Enti consorziati.

Ad avviso del Collegio il Comune di Gricignano d' Aversa ha legittimazione a proporre appello per quella parte della sentenza e del suo dispositivo che direttamente non lo riguardano ma che attengono all' attività dispiegata dal Consorzio alle cui determinazioni è riferibile la costituzione di una società (la INCO.FARMA spa), disposta al precipuo scopo di provvedere per suo mezzo al servizio di gestione delle farmacie comunali di una delle quali è titolare il Comune appellante.

A seguito della sentenza della Corte costituzionale 17 maggio 1995, n. 177, che ha determinato l' estensione al processo amministrativo del rimedio dell' opposizione di terzo, la legittimazione ad appellare deve riconoscersi anche ai soggetti che, pur non essendo contraddittori necessari del giudizio in primo grado nella veste di controinteressati in senso tecnico e non essendo stati parti in quel processo a qualsivoglia titolo, abbiano un autonomo interesse alla conservazione del provvedimento impugnato in quanto idoneo a porli in una posizione di vantaggio.

L' art. 113 della Costituzione impone un massimo di garanzie giurisdizionali ed a tale dettato e principio si è adeguata la giurisprudenza.

Gli atti emessi da un Consorzio, che ha una propria personalità giuridica, in genere si ripercuotono in positivo od in negativo, in via immediata od indiretta, secondo il loro contenuto ed il loro oggetto, nella sfera giuridica dei singoli Comuni consorziati, titolari di un posizione sostanziale d' interesse.

Nella specie il giudizio in primo grado ha avuto a suo oggetto anche gli atti e le delibere con le quali nove Enti locali, tra i quali il Comune di Gricignano d' Aversa, si determinarono a costituire un Consorzio volontario al fine dell' esercizio integrato e coordinato di funzioni e di servizi socio sanitari aventi carattere di pubblica utilità (art. 3 dello Statuto consortile).

Il giudice di prime cure ha, però, respinto il ricorso proposto dalla dott.ssa Staiano avverso la delibera con la quale il Comune di San Arpino si era determinato ad aderire al Consorzio e nel contempo ha dichiarato inammissibile per difetto d' interesse il capo di domanda del ricorso del dott. Cennamo avverso gli atti deliberativi di identico contenuto adottati dal Comune di Gricignano d' Aversa,( odierno appellante ) e gli atti tutti di costituzione del Consorzio.

Tali statuizioni della sentenza non sono state fatte oggetto di gravame.

I Comuni consorziati avevano approvato lo statuto del costituendo Consorzio il cui art. 3 contemplava per la gestione delle farmacie comunali la creazione di una società mista (a capitale pubblico e privato).

L' aver messo in discussione le scelte del C.I.SS. sulle modalità di gestione del servizio pubblico farmaceutico, che originariamente faceva loro singolarmente capo e che avevano quali destinatarie le singole popolazioni comunali legittimava, in astratto, i Comuni, Enti esponenziali degli interessi delle proprie comunità, ad intervenire ad opponendum nel giudizio di primo grado ( anche se, per quella parte dell' impugnazione, non avevano la formale veste di controinteressati in senso tecnico ex art. 21 della l. n. 1034 del 1971) e, conseguentemente, a produrre appello per preservare una scelta gestionale del Consorzio che aveva a necessario presupposto gli atti deliberativi comunali d' approvazione dello statuto consortile e del suo art. 3..

D' altro canto il Comune di Gricignano d' Aversa, seppure chiamato in causa in ragione degli atti dallo stesso emessi, non è rimasto estraneo al giudizio di primo grado.

Pur se non è stata evocata nel giudizio in primo grado, a maggior ragione la legittimazione a proporre appello (ric. n. 4610 del 2006) deve essere riconosciuta alla soc.I.Ge.SS. spa che in tale giudizio aveva un interesse ad intervenire per essere la vincitrice della gara diretta alla scelta del socio privato (conclusasi con l' adozione della determina di aggiudicazione 5 dicembre 2004 e della deliberazione del C.d.A. del Consorzio 16 dicembre 2004) e per aver costituito (con atto notarile 17 febbraio 2005), unitamente al Consorzio intercomunale (C.I.SS.), la soc. IN.CO.FARMA spa.

3.-2- Infondata è l' eccezione di difetto giurisdizione dedotta nei ricorsi n. 4120 e n. 4313 del 2006 dalla società Mages srl e dalla sig.ra Immacolata Caso, intervenienti ad adiuvandum nel giudizio d' appello nella loro veste di soci della I.Ge.SS. spa, partner privato della INCO.FARMA spa.

L' Ordine dei farmacisti della Provincia di Napoli ha eccepito in memoria l' inammissibilità del loro intervento perché è riferito a due atti d' appello (nn. 4120 e 4313 del 2006), benché notificato una sola volta; inoltre, gli stessi intervenienti non erano stati convenuti in giudizio, né avevano esplicito intervento in primo grado.

Il principio di unicità dell' appello contro una medesima sentenza, a fronte di più ricorsi in secondo grado, giustifica la stesura di un unico atto d' intervento e la sua notifica per una sola volta a ciascuna delle parti di un medesimo processo.

Il divieto in appello di proporre intervento adesivo, per evitare l' elusione dei termini di decadenza, non può essere esteso al soggetto che, pur non essendo stato evocato in giudizio in primo grado per non avere la veste di controinteressato in senso tecnico e pur non essendosi ivi costituito, riceva un pregiudizio dalla sentenza impugnata.

L' eccezione di difetto di giurisdizione (la cui questione può essere esaminata d' ufficio in ogni stato grado del giudizio) trae erronea ragione dall' aver i ricorrenti in primo grado fatto valere una posizione di diritto

soggettivo, avendo richiesto la tutela del diritto alla libertà d' impresa, violato da una concorrenza (asseritamente) illecita esercitata dal C.I.S.S. e dalla soc. INCO.FARMA spa.

Il dott. Cennamo e la dott.ssa Staiano hanno proposto le loro impugnative non in quanto interessati ad assumere la gestione delle farmacie comunali affidata ad una società partecipata, ma in quanto titolari di sedi farmaceutiche ed essi stessi gestori di un servizio pubblico al quale immanente e concomitante è l' interesse della collettività'.

In un settore in cui preminente è l' interesse della popolazione, ragione per la quale le farmacie private sono assoggettate a regime pubblicistico, la posizione soggettiva del farmacista che prospetti la violazione del principio della libera concorrenza deve essere ricondotta alla categoria degli interessi legittimi, essendo in ogni caso l' interesse del privato concomitante, concorrente e subordinato ad un corretto assetto della rete di distribuzione dei farmaci all' utenza.

4- Data per acquisita la (presunta) esistenza di un interesse strumentale e della legittimazione processuale dei ricorrenti in primo grado ed assorbita ogni altra questione (di rito e di merito), fondata è l' eccezione, disattesa dal giudice in prime cure e riproposta dagli appellanti principali (ricc.n. 4120, n.4313, n. 4610, n. 5344 del 2006 ) e dall' appellante incidentale (ric. n. 4313 del 2006), di inammissibilità per tardività dei ricorsi nn.5914 e 4490 del 2005, eccezione che in questa fase del giudizio ha rilievo avuto riguardo al capo della sentenza non passata in giudicato ed oggetto d' appello.

Come più sopra evidenziato, l' affidamento diretto del servizio di gestione delle farmacie consortili, che il giudice di prime cure ha affermato lesivo della posizione giuridica dei due farmacisti ricorrenti, si è concretizzato attraverso un procedimento a formazione progressiva, formato dall' insieme degli atti con i quali il C.I.S.S. è addivenuto alla selezione del socio privato ed alla costituzione di una nuova società (INCO.FARMA spa).

Gli atti con i quali il C.I.S.S. ha optato di avvelarsi quale modulo organizzatorio del servizio di una società mista hanno cristallizzato l' opzione per un determinato tipo di gestione ed unitamente a quelli di selezione del socio privato hanno carattere conclusivo e si rivelano, dunque, idonei a ledere con immediatezza l' interesse ad impedire l' esercizio delle farmacie comunali a mezzo di società mista ed il "bene della vita" che i farmacisti privati hanno inteso preservare con la loro impugnazione (avuto riguardo non solo al petitum ma anche ai motivi dedotti), mentre gli atti successivamente adottati sono meramente consequenziali rispetto a quelli di formazione della società e, in certa misura, automatici e vincolati in relazione alla presupposta scelta del modulo in questione.

Ciò premesso, in fatto rileva che il bando della gara d' appalto ( a procedura ristretta) indetta ( come testualmente indicato nel bando medesimo) per la "Scelta del socio privato di maggioranza per la costituzione di una società mista per azioni avente ad oggetto il servizio di gestione delle farmacie comunali per un acquisto del 75% delle azioni della costituenda società mista" è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale (n.184 del 2004) in data 7 agosto 2004 e spedito alla G.U.C.E. in data 27 luglio 2004.

L' avviso dell' esito della gara è stato pubblicato sulla G.U.C.E. il 24 gennaio 2005.

Il bando di gara pubblicato elencava i nove Comuni che era parte del Consorzio e che erano interessati all' "impianto ed all' avviamento" delle farmacie comunali.

Il dott. Cennamo e la dott.sa Staiano, non essendone i diretti destinatari, avevano l' onere di impugnare nel termine di sessanta giorni dalla sua pubblicazione il bando di gara in quanto atto con il quale il Consorzio intercomunale ha inequivocabilmente promosso la costituzione di società mista all'unico scopo di conferire alla stessa la titolarità del servizio in questione, al di fuori di ulteriori procedure selettive ad evidenza pubblica (scelta censurata con il motivo accolto dal giudice di primo grado).

Il ric. n. 4990 del 2005, proposto dalla dott.ssa Staiano, è stato notificato il 3 giugno 2005 (i motivi aggiunti l' 8 giugno 2005); il ricorso n 5914 del 2005 proposto dal dott. Cennamo è stato notificato il 26 luglio 2005, entrambi ben oltre i termini decadenziali della conoscenza legale degli atti lesivi.

5.- Conclusivamente, i ricorsi in appello riuniti devono essere accolti, unitamente al ricorso incidentale proposto dal Consorzio intercomunale per i servizi socio-sanitari (CISS), e per l' effetto, in riforma della sentenza gravata, devono essere dichiarati irricevibili i ricorsi in primo grado nn. 5914 e 4490 del 2005.

Si ritiene equo compensare tra le parti le spese e gli onorari di entrambi i gradi di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riuniti i ricorsi in appello nn. 4120, 4610, 4313, 5344 del 2006, li accoglie, unitamente al ricorso incidentale proposto dal Consorzio intercomunale per i servizi socio-sanitari (CISS), e per l' effetto in riforma della sentenza gravata dichiara irricevibili i ricorsi in primo grado nn.5914 e 4490 del 2005.

Compensa le spese.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nelle camere di consiglio del 27 marzo 2007 e del 15 giugno 2007, con l'intervento dei Magistrati:

-Raffaele Iannotta Presidente

-Raffaele Carboni Consigliere

-Caro Lucrezio Monticelli Consigliere

-Nicola Russo Consigliere

-Giancarlo Giambartolomei Consigliere,est.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Giancarlo Giambartolomei f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Agatina Maria Vilardo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 23 gennaio 2008