



VIA MAIL
SITO si
IFO si

**Ai Presidenti degli Ordini
dei farmacisti**

**Ai Componenti
il Comitato Centrale**

Loro Sedi

Si informa che il Consiglio di Stato, con le sentenze n. 1295 del 15 febbraio 2021 (cfr. all. 1) e n. 1409 del 16 febbraio 2021 (cfr. all. 2), si è pronunciato sulla legittimità dell'assegnazione di una farmacia comunale ai suoi dipendenti, in applicazione del diritto di prelazione, previsto dall'art. 12 L. 362/1991, a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia del 19 dicembre 2019, C-465/18 (cfr. *news* federale del 24 dicembre 2019).

In particolare, la Corte di Giustizia ha stabilito che il riconoscimento del diritto di prelazione "incondizionato" - qual è quello contemplato dal citato art. 12 della L. 362/1991- concesso ai dipendenti di una farmacia comunale, è incompatibile con i principi comunitari sulla concorrenza, costituendo un simile diritto una restrizione alla libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE.

Ad avviso della Corte di Giustizia, *"l'obiettivo di valorizzazione dell'esperienza professionale può essere raggiunto mediante misure meno restrittive, come l'attribuzione di punteggi premiali, nell'ambito della procedura di gara, in favore dei partecipanti che apportino la prova di un'esperienza nella gestione di una farmacia"*.

In tale contesto, il Consiglio di Stato, con la citata sentenza n. 1295 del 15 febbraio 2021, conformandosi alla giurisprudenza amministrativa sul punto, ha affermato che la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, *"oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto.... omissis ... La sentenza interpretativa della Corte di Giustizia emessa a seguito di rinvio pregiudiziale è equiparabile ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un interesse non coperto dal giudicato, è idonea a determinare non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica"*.

Nel caso di specie, l'applicazione dei principi enunciati dalla Corte determina l'annullamento dell'aggiudicazione della farmacia disposta in favore dei farmacisti dipendenti comunali.

Federazione Ordini Farmacisti Italiani

00185 ROMA – VIA PALESTRO, 75 – TELEFONO (06) 4450361 – TELEFAX (06) 4941093

CODICE FISCALE n° 00640930582

PEC: posta@pec.fofi.it - e-mail: posta@fofi.it - sito: www.fofi.it

I giudici amministrativi hanno, poi, specificato, che nell'attuale quadro normativo modificato dalla L. 124/2017, che attribuisce la titolarità delle farmacie anche a società di capitali, il fatto che la farmacia debba comunque essere gestita da un direttore farmacista, non muta la configurazione dell'interesse pubblico a che sia garantito lo svolgimento del servizio pubblico da parte della migliore professionalità, da valutarsi in concreto, e che tale scopo possa essere realizzato attribuendo importanza, ora come prima della riforma, alla circostanza che chi esercita la prelazione abbia in concreto i titoli per essere preferito.

Infine, il Collegio, nella motivazione ha precisato, che le argomentazioni rese dai giudici europei, legittimando *“la previsione di forme di prelazione “non incondizionata”, che ben possono essere rimesse alla discrezionalità dell’Amministrazione”*, devono *“condurre alla ripetizione della gara, con la previsione di un diritto di prelazione compatibile con l’art. 49 del Trattato”*.

L'attribuzione di punteggi premiali in gara in favore dei dipendenti di farmacia comunale, cui la stessa sentenza della Corte di Giustizia riconosce espressamente *“meritevolezza”* come proporzionato mezzo di *“valorizzazione”* delle competenze acquisite, potrebbe rappresentare il mezzo idoneo, nel temperamento degli interessi, alla soddisfazione dell'interesse pubblico alla salute.

Anche la sentenza del Consiglio di Stato n. 1409 del 16 febbraio 2021 ha esplicitato che spetta al Comune avviare una nuova procedura per la cessione della farmacia, con nuovo bando, aperto senza titoli preferenziali a chiunque ne abbia interesse.

Cordiali saluti.

Roma, 22 febbraio 2021

All. 2

Pubblicato il 15/02/2021

N. 01295/2021REG.PROV.COLL.
N. 06401/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6401 del 2020, proposto dalle Dott.sse Cettina Varrasi, Daniela Sconti, in proprio e n.q. di socie e legali rappresentanti della Farmacia San Marco S.r.l., rappresentate e difese dagli Avvocati Andrea Massimo Astolfi, Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci e Annalisa Cecchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo, n. 101;

contro

Dott.ssa Laura Maria Manzi, in proprio e n.q. di legale rappresentante della Farmacia San Rocco s.n.c. di Manzi dott.ssa Laura Maria e C., rappresentata e difesa dall'Avvocato Emanuela Beacco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, Piazza Capo di Ferro, 13;

per la riforma

la sentenza del Tar Liguria, sez. II, n. 470 dell'8 luglio 2020, che ha dichiarato l'illegittimità della cessione della titolarità della Farmacia comunale “degli Ingauni” in applicazione del diritto di prelazione ex art. 12 della legge n. 362/1991.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla dott.ssa Laura Maria Manzi;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal Comune di Albenga;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2021, svoltasi in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25, comma 1, D.L. 28 ottobre 2020, n. 37, il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Francesco Vagnucci, Annalisa Cecchi e Luigi Piscitelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso al TAR per la Liguria r.g. n. 61 del 2019, la Dott.ssa Manzi Laura Maria, legale rappresentante della S.n.c. Farmacia San Rocco, impugnava la determinazione n. 3096 del 19.12.2018, del Comune di Albenga con cui veniva aggiudicata la Farmacia comunale “degli Ingauni” alle dott.sse Varrasi Cettina e Sconti Daniela, farmaciste comunali, in virtù dell'esercitato diritto di prelazione ex art. 12 della legge n. 362 dell'8.11.1991 e art. 10 della *lex specialis*, in esito alla gara pubblica indetta, dapprima, con la deliberazione consiliare n. 38 del 13.4.2018 e, successivamente, essendo rimasta deserta la gara, con determina dirigenziale n. 1886 del 6.8.2018.

2.- Si costituivano in giudizio le controinteressate ed il Comune che eccepivano l'irricevibilità del ricorso, per mancata immediata impugnazione della clausola

immediatamente lesiva dell'avviso di vendita concernente la prelazione, e anche l'irricevibilità per mancata impugnazione dell'avviso predetto, dopo l'adozione del provvedimento dirigenziale 31.10.2018, n. 2551, che dispose l'apertura della fase procedimentale per l'esercizio della prelazione.

I resistenti chiedevano, in ogni caso, il rigetto nel merito del ricorso.

3.- La sentenza in epigrafe, respinte le preliminari eccezioni, accoglieva il ricorso e compensava le spese di giudizio.

Il TAR riteneva fondata la censura di contrarietà dell'art. 12 della legge n. 362 dell'8.11.1991 con i principi comunitari sulla concorrenza, come dichiarato dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 19 dicembre 2019 C- 465/18, ritenuta applicabile al caso di specie, e, conseguentemente, annullava gli atti impugnati successivi all'aggiudicazione, dichiarava l'illegittimità del contratto stipulato dal Comune di Albenga con le controinteressate e condannava l'ente locale a stipulare una nuova pattuizione con la ricorrente.

4.- Con l'appello in esame, le controinteressate soccombenti lamentano l'erroneità e ingiustizia della sentenza di cui chiedono la riforma.

Le appellanti rappresentano di aver legittimamente costituito la società Farmacia San Marco S.r.l. e acquistato la proprietà della farmacia di cui sono risultate aggiudicatarie (dopo l'esercizio della prelazione) con contratto di cessione di ramo d'azienda del 25 febbraio 2019, per scrittura privata autenticata dal Notaio, e infine, di aver conseguito la titolarità della farmacia per effetto del provvedimento adottato dal Comune di Albenga in data 7 marzo 2019.

5.- Si è costituito in giudizio il Comune di Albenga che chiede l'accoglimento dell'appello e con ricorso incidentale ripropone le eccezioni preliminari disattese dal primo Giudice, deducendo, altresì, l'erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha accolto il secondo motivo del ricorso introduttivo di primo grado, per illogicità, contraddittorietà e difetto della motivazione e per omessa pronuncia in merito alle argomentazioni svolte dal Comune.

6.- La dott.ssa Manzi, originaria ricorrente, si è costituita in giudizio ed ha proposto ricorso incidentale chiedendo la parziale riforma della sentenza, nella parte in cui ha respinto il primo motivo del ricorso introduttivo e dichiarato assorbito il terzo.

7.- Alla pubblica udienza del 21 gennaio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è infondato, pur con le precisazioni che seguono.

1.1.- Le appellanti censurano la sentenza, innanzitutto, per aver respinto l'eccezione preliminare di tardività dell'impugnazione del bando e disatteso le argomentazioni svolte in primo grado tendenti a dimostrare l'inapplicabilità della sentenza comunitaria al caso di specie.

La sentenza della Corte di Giustizia del 19 dicembre 2019 C- 465/18 sarebbe stata “resa in un contesto normativo profondamente diverso da quello vigente all'epoca dell'indizione della gara” e per di più in un caso in cui il prelezionario, a differenza delle appellanti, non aveva partecipato alla gara, sostenendone il relativo onere.

Inoltre, la Corte di Giustizia avrebbe lasciato “intendere che un diritto di prelazione sarebbe “compatibile”, se non fosse, per così dire, “assoluto”, ma limitato da criteri di valorizzazione dell'esperienza dei dipendenti comunali in sede di gara.

In ogni caso, nella fattispecie, andrebbero tutelati il principio di affidamento e di certezza del diritto, garantiti a livello comunitario al pari della libertà di stabilimento.

Le appellanti hanno chiesto, quindi, in via subordinata, la riedizione della gara per l'assegnazione della farmacia, “nel rispetto” dei principi sanciti dalla richiamata sentenza della Corte di Giustizia circa la compatibilità con l'ordinamento comunitario di una prelazione “non incondizionata”.

2.- La sentenza impugnata ha disapplicato la norma di cui all'art. 12 della legge n. 362/1991 per contrarietà con i principi comunitari sulla concorrenza, in conformità alla citata decisione della Corte di giustizia, non essendo il rapporto controverso ancora definito con il giudicato.

La sentenza del giudice comunitario ha dichiarato che «l'art. 49 del TFUE deve essere interpretato nel senso che osta ad una misura nazionale che concede un diritto di prelazione incondizionato in favore dei farmacisti dipendenti di una farmacia comunale in caso di cessione di quest'ultima mediante gara».

Il TAR ha ritenuto che, nella specie, il diritto di prelazione avesse natura incondizionata in quanto *“dopo la conclusione della fase economica della selezione, i dipendenti comunali laureati in farmacia e o in C.T.F. non avevano limiti nell'esercizio del diritto di prelazione, se non nel caso previsto dall'avviso di vendita in cui un numero superiore ad uno di essi avesse deciso di esercitarlo; tuttavia quest'ultima evenienza non ricorre.”*.

Ne deriva *“la pertinenza alla specie della pronuncia 465/2019 della CGE, e la necessità di non tener conto delle norme interne denunciate.”*.

3.- Il Comune lamenta che erroneamente i principi enunciati dalla Corte di Giustizia sono stati retroattivamente applicati alla vicenda.

Nulla viene detto nella sentenza appellata in merito al rapporto controverso oggetto del giudizio: il Tribunale avrebbe completamente omesso di verificare se, nella fattispecie, l'esercizio della prelazione abbia effettivamente compromesso la “libertà di stabilimento” della dott.ssa Manzi, nei termini prospettati dalla decisione della Corte.

La vertenza aveva carattere puramente “interno”, nel senso che l'esercizio della prelazione da parte delle dott.sse Varrasi e Sconti non aveva di fatto compromesso la *“libertà di stabilimento della dott.sa Manzi in qualsiasi Stato membro... e (questa) non ha nemmeno dedotto in giudizio una discriminazione riconducibile al principio di cui all'art. 49 TFUE.”*.

Secondo la tesi del Comune, la decisione della Corte di Giustizia ha censurato la prelazione «incondizionata», ovvero legata al fatto che il dipendente potesse esercitarla «senza neppure partecipare a detta procedura », e dunque senza assumere «l'investimento in termini di tempo e di denaro richiesto per la partecipazione a una procedura di gara»; viceversa, le dott.sse Sconti e Varrasi hanno partecipato alla gara, assumendone gli oneri, al pari della ricorrente, ragione per cui, anche da questo punto di vista, la decisione della Corte non avrebbe potuto assumere automatica rilevanza nel giudizio in corso.

L'esigenza di assicurare il principio della libertà di stabilimento, non dovrebbe prescindere dalla considerazione di altri principi fondamentali dell'ordinamento europeo, come la tutela dell'affidamento e la certezza del diritto, che vanno contrapposti alla teorica retroattività che deriva dal carattere interpretativo delle sentenze della Corte.

Infine, il Comune deduce la contraddittorietà delle statuizioni della sentenza in ordine al tema della sorte del contratto.

L'ordinamento non attribuisce alla parte di un accordo, neanche all'Amministrazione, il potere di annullare un contratto di diritto civile; semmai all'annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica conseguirebbe l'inefficacia del contratto che andrebbe dichiarata dal giudice.

Il Comune invoca, quindi, l'applicazione dell'art. 122 c.p.a..

4.- Col ricorso incidentale, l'originaria ricorrente impugna la sentenza nella parte in cui ha rigettato il primo motivo e assorbito il terzo motivo del ricorso introduttivo, deducendo che le dott.sse Sconti e Varrasi non possono vantare alcun interesse alla riedizione della gara, né ad ottenere un nuovo bando che “ne valorizzi l'esperienza professionale pregressa”.

Come evidenziato nel ricorso al TAR, la partecipazione del titolare del diritto al confronto competitivo comporta necessariamente un'implicita rinuncia al diritto

di prelazione all'acquisto per il prezzo risultante da una gara, alla quale, invece, il prelezionario non deve partecipare, per preservare il proprio diritto.

In caso contrario, verrebbe attribuito un "cumulo di posizioni" e il riconoscimento di una doppia possibilità di aggiudicazione.

Sulla base di tali argomenti, con il primo motivo di ricorso, la dott.ssa Manzi aveva rilevato anche la sopravvenuta carenza di interesse delle dott.sse Sconti e Varrasi all'esercizio del diritto di prelazione.

5.- Il Collegio ritiene che, preliminarmente, vadano esaminati i motivi di appello e del ricorso incidentale del Comune concernenti la tempestività del ricorso introduttivo di primo grado.

Sul punto, il Collegio condivide le considerazioni svolte dal primo giudice.

La clausola sulla prelazione non era immediatamente escludente in quanto gli effetti lesivi della stessa si sarebbero potuti manifestare solo nel caso in cui una prelazione fosse stata concretamente esercitata, ipotesi questa non certa al momento in cui la gara è stata bandita.

Analogamente, la dott.ssa Manzi non veniva lesa immediatamente dalla determina dirigenziale del 31 ottobre 2018, con la quale il Comune ha avviato la procedura per l'esercizio del diritto di prelazione dei dipendenti comunali; ragion per cui, correttamente, ha atteso l'aggiudicazione e l'avvenuto esercizio della prelazione per proporre il ricorso.

Neppure è decisivo l'argomento secondo cui, a fronte di questione pregiudiziale già pendente alla Corte di Giustizia nel momento della pubblicazione del bando medesimo, l'interesse all'impugnazione sarebbe sorto immediatamente e non all'esito dell'esercizio della prelazione.

La circostanza della pendenza della questione pregiudiziale di interpretazione dinanzi alla Corte di giustizia non modifica i termini della questione: solo l'effettivo esercizio della prelazione è idoneo a determinare la lesione dell'interesse all'aggiudicazione e ad attualizzare l'interesse al ricorso.

Infatti, comportano l'onere dell'immediata impugnazione solo le clausole del bando considerate "immediatamente escludenti", ovvero solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse dei concorrenti in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara (Consiglio di Stato, sez. V, 08/01/2021, n.284; Ad. Plenaria, 26 aprile 2018, n. 4).

Si tratta di clausole riguardanti requisiti di partecipazione ex se ostativi all'ammissione dell'interessato o, al più, di clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, dovendo, invece, le rimanenti clausole essere impugate insieme all'atto che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (tra le tante, Consiglio di Stato sez. V, 12/04/2019, n.2387; sez. VI, 07/03/2018, n.1469; sez. IV, 11/10/2016, n.4180).

5.1.- L'appello principale e gli altri motivi di ricorso incidentale sollevati dal Comune vertono essenzialmente sulla questione, prioritaria in ordine logico, concernente l'applicabilità della sentenza della Corte di Giustizia europea al caso di specie.

5.2.- Il Collegio osserva, innanzitutto che l'art. 12, comma 2, della legge n. 362/1991 dispone che, in caso di trasferimento della titolarità di farmacie in gestione comunale, i dipendenti hanno diritto di prelazione, ricorrendo determinati requisiti indicati dall'art. 7.

La norma introduce un vantaggio per il farmacista dipendente comunale ad essere preferito ad altri, a parità di condizioni da questi offerte, nell'assegnazione della titolarità della farmacia, subentrando nella posizione del soggetto che tale titolarità acquisisce in esito al confronto competitivo, sulla base della presunzione legale assoluta che l'esperienza professionale acquisita alle

dipendenze della farmacia comunale garantisca un migliore assolvimento del servizio nell'interesse pubblico alla salute.

Con la sentenza n. 465/2019, la Corte Europea ha esaminato la questione di compatibilità della norma con riferimento all'articolo 49 TFUE, che tutela la libertà di stabilimento all'interno della Comunità europea, ed ha ritenuto che la norma del Trattato deve essere interpretata nel senso che osta ad una misura nazionale che concede un diritto di prelazione "incondizionato", qual è quello contemplato dal citato art. 12 della L. n. 362/1991.

La Corte ha rilevato l'ammissibilità della questione interpretativa, sebbene tutti gli elementi della controversia portata al suo esame fossero circoscritti all'interno di un unico Stato membro, poiché non si può escludere che tale normativa, applicabile indistintamente ai cittadini nazionali come a quelli di altri Stati membri, possa produrre effetti che non sono limitati solo all'Italia.

Nella specie, ha rilevato anche che, se per il valore della farmacia la gara presenta un interesse transfrontaliero, è sicuramente decisiva e rilevante la questione interpretativa pregiudiziale.

La Corte ha considerato che "il diritto di prelazione incondizionato concesso ai farmacisti dipendenti di una farmacia comunale in caso di cessione di quest'ultima mediante gara, nella misura in cui è diretto ad assicurare una migliore gestione del servizio farmaceutico - supponendo che effettivamente persegua un obiettivo concernente la tutela della salute - non è idoneo a garantire la realizzazione di tale obiettivo e, in ogni caso, va oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso".

Pertanto, tenuto conto dell'investimento in termini di tempo e di denaro richiesto dalla partecipazione a una procedura di gara, la prelazione così formulata è idonea a dissuadere i farmacisti provenienti da altri Stati membri dal partecipare alla procedura di evidenza pubblica.

La Corte ha, nel contempo, affermato però che, come rilevato dal giudice remittente, “l’obiettivo di valorizzazione dell’esperienza professionale può essere raggiunto mediante misure meno restrittive, come l’attribuzione di punteggi premiali, nell’ambito della procedura di gara, in favore dei partecipanti che apportino la prova di un’esperienza nella gestione di una farmacia”.

La pronuncia della Corte di Giustizia, come meglio si dirà di seguito, comporta l’obbligo di disapplicazione della norma incompatibile col Trattato non solo per il giudice a quo, ma per ogni altro giudice e per la pubblica amministrazione, posto che le sentenze della Corte di Giustizia vengono equiparate dalla giurisprudenza alle norme vigenti.

5.3.- Questo punto fondamentale, concernente l’efficacia delle pronunce della Corte di Giustizia, come meglio si dirà, conduce il Collegio ad escludere la fondatezza delle affermazioni delle appellanti secondo cui il disciplinare di gara non poteva ignorare l’esistenza dell’art. 12 della legge n. 362/1991 al momento della sua indizione, in quanto ancora vigente e applicabile nel nostro ordinamento, e che l’assegnazione della farmacia, mero atto applicativo della *lex* di gara, rimarrebbe disciplinata dalla norma in questione.

Neppure può convenirsi con le appellanti sull’affermazione che la pronuncia della Corte di Giustizia, in quanto intervenuta tra altre parti, non sarebbe vincolante in questo giudizio.

Il profilo fondamentale che va considerato, infatti, è che a differenza di quanto avviene per le pronunce di altro giudice interno (salvo che per le pronunce della Corte Costituzionale), le quali non producono un vincolo al rispetto del “precedente”, viceversa, per quanto riguarda le sentenze della Corte di Giustizia, la Corte costituzionale parla di “efficacia diretta” e di “immediata operatività”, utilizzando quindi la stessa terminologia con cui si riferisce alle fonti legislative comunitarie (Trattati, regolamenti e direttive) e la Corte di Cassazione e la Corte dei Conti non esitano a parlare di “valore normativo” delle sentenze della Corte

di Giustizia europea (Corte Cost., Corte Cost., ord. 29 dicembre 1995, n. 536; 23 aprile 1985, n. 113; 8 giugno 1984, n. 170; Cass., sez. I, 28 marzo 1997, n. 2787 Cass., SS.UU., 24 maggio 2007, n. 12067; Corte Conti, sez. contr., 5 novembre 1991, n. 105).

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato afferma inequivocabilmente che “le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di Giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto.”(Consiglio di Stato Ad. Plen., 09/06/2016, n.11; in tal senso è costante la giurisprudenza comunitaria: cfr. cfr. Corte Giust., 3 febbraio 1977, in causa C-52/76, Benedetti c. Munari Flli sas, in Racc. 1977, 163 e 5 marzo 1986, in causa 69/85, Wünsche Handelgesellschaft GmbH& Co. c. Repubblica Federale della Germania, in Racc., 1986, 947).

La sentenza interpretativa della Corte di Giustizia emessa a seguito di rinvio pregiudiziale è equiparabile ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un interesse non coperto dal giudicato, è idonea a determinare non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica (Consiglio di Stato Ad. Plen. n. 11/2006).

In ossequio al principio di supremazia del diritto comunitario, riconosciuto da tutti gli Stati membri, con perdita a favore delle istituzioni comunitarie della propria sovranità legislativa, le sentenze della Corte di giustizia hanno effetti vincolanti per i giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulle singole fattispecie, recando norme integrative dell'ordinamento comunitario (Consiglio di Stato sez. III, 16/6/2015 n. 3027).

Il Collegio osserva, inoltre, che l'interpretazione del diritto comunitario adottata dalla Corte di Giustizia, l'unica Autorità giudiziaria deputata all'interpretazione delle norme comunitarie, ha efficacia non solo vincolante, ma anche "ultra partes", in quanto indica il significato ed i limiti di applicazione del diritto comunitario, sicché alle sentenze dalla stessa rese va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, con efficacia "erga omnes" nell'ambito della Comunità (Cass., 8 febbraio 2016, n.2468; Cass. n. 17994/15; Cass. n. 1917/12; Cass. n. 4466/05; Cass. n. 857/95; Cass. sez. trib. 11/12/2012, n.22577).

Le sentenze della Corte di Giustizia chiariscono e precisano il significato e la portata di una norma di diritto Ue sin dalla sua entrata in vigore; da qui ne discende l'efficacia retroattiva e l'obbligo per il giudice di applicarla anche ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa, con il solo limite della intangibilità dei cd. rapporti esauriti, ipotizzabile allorché una qualsiasi situazione o rapporto giuridico diviene irretrattabile in presenza di determinati eventi, quali lo spirare di termini di prescrizione o decadenza, l'intervento di una sentenza passata in giudicato, o altri motivi previsti dalla legge, trattandosi di istituti posti a tutela del fondamentale principio, di preminente interesse costituzionale, della certezza del diritto e delle situazioni giuridiche (Cass., sez. trib., 26/7/2019 n. 20342).

5.4.- La decisione della Corte si attaglia al caso in esame, in quanto la gara bandita dal Comune di Albenga presenta un valore tale da rivelare un carattere transfrontaliero (l'importo a base d'asta era pari a € 939.000,00) e sebbene nessun concorrente estero abbia presentato un'offerta, ben può configurarsi l'ipotesi considerata dalla Corte che l'esistenza del diritto di prelazione, così come previsto dalla norma interna censurata, abbia scoraggiato la partecipazione di concorrenti di altri Paesi europei e leso un diritto fondamentale tutelato dal Trattato.

5.5.- Non è rilevante la considerazione del diverso svolgimento della gara e del diverso quadro normativo su cui la Corte si è pronunciata, segnalata dalle appellanti.

Sostengono le appellanti che l'assegnataria della farmacia del Comune di Bernareggio nel caso esaminato dalla Corte di Giustizia, non aveva partecipato alla gara, a differenza delle dott.sse Sconti e Varrasi che avevano presentato valida offerta, dimostrando in modo inequivoco il loro interesse alla acquisizione della farmacia (oltre che prestando acquiescenza alle disposizioni previste nel bando, ivi inclusa la prelazione).

Inoltre, vi sarebbe profonda diversità del contesto normativo nel quale si è svolta la gara per l'aggiudicazione della farmacia comunale di Albenga.

La questione pregiudiziale sollevata nella vicenda relativa alla cessione della farmacia comunale del Comune di Bernareggio evidenziava il fatto che l'essere farmacista dipendente non fosse in automatico indice di maggiore professionalità in un contesto professionale altamente qualificato, nel quale il trasferimento di farmacia poteva aver luogo solamente in favore di farmacisti, avente i requisiti di idoneità alla titolarità previsti dall'art. 12 l. n. 475/1968.

Per questo non vi era certezza che la pregressa esperienza lavorativa presso la farmacia comunale fosse indice di conduzione positiva dell'esercizio farmaceutico, non potendo pertanto costituire un apprezzabile titolo preferenziale.

Al contrario, oggi il vincolo dell'idoneità alla titolarità di farmacia è venuto meno per effetto della l. n. 124/2017 che ha esteso alle società di capitali e, quindi, anche a non farmacisti la possibilità di acquisire la titolarità delle farmacie e questo profilo, secondo le appellanti, deve essere necessariamente tenuto in considerazione, essendo evidente che il dipendente di farmacia comunale vanta certamente una maggiore esperienza rispetto ad un investitore privato, si da giustificare nell'interesse pubblico la previsione di una prelazione incondizionata.

Sul punto, deve rilevarsi, innanzitutto, che la decisione della Corte di Giustizia non esclude la rilevanza dell'interesse pubblico ad una gestione della farmacia che sia professionalmente garantita al meglio anche attraverso la valorizzazione della professionalità acquisita dal farmacista comunale, tanto che, anche nel precedente quadro normativo, riconosce la compatibilità col diritto comunitario, proprio in ragione dell'interesse pubblico alla salute, di una forma di prelazione che non sia "incondizionata" e frutto di una presunzione assoluta.

In tal senso, la Corte ammette che una prelazione possa essere prevista, purché in forme compatibili con la tutela di tutti gli interessi in gioco, per es. sotto forma di premialità aggiuntive attribuite in gara ai farmacisti che siano concretamente in grado di fornire prova di maggiore competenza professionale. Nell'attuale mutato quadro normativo, peraltro, che consente la titolarità anche a società di capitali, il fatto che la farmacia debba comunque essere gestita da un direttore farmacista, non muta la configurazione dell'interesse pubblico a che sia garantito lo svolgimento del servizio pubblico da parte della migliore professionalità, da valutarsi in concreto, e che tale scopo possa essere realizzato attribuendo importanza, ora come allora, alla circostanza che chi esercita la prelazione abbia in concreto i titoli per essere preferito.

Pertanto non sembra che il mutamento del quadro normativo assuma significativa rilevanza al fine di sollevare nuovamente una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia.

5.6.- Infine, quanto al rilievo che l'estensione dell'efficacia della sentenza della Corte di Giustizia ai rapporti pregressi non possa avvenire in violazione del principio fondamentale della tutela dell'affidamento e della certezza del diritto, il Collegio osserva, innanzitutto, come già rilevato, che la pronuncia della Corte ha efficacia retroattiva e determina il venir meno della norma incompatibile sin dall'origine.

Sicchè, sebbene nell'arco del tempo si possano essere instaurate posizioni di affidamento e di buona fede, l'affidamento non è invocabile in giudizio rispetto a norme dichiarate incompatibili con l'ordinamento a seguito di un giudizio di compatibilità comunitaria della norma interna (così come avviene per i giudizi di costituzionalità), pena l'obliterazione della preminenza del fondamentale principio di ordine pubblico che vuole regolati i rapporti da norme vigenti immuni dal contrasto con norme sovraordinate fondamentali, quali quelle dettate dalla Costituzione e dall'Ordinamento comunitario, secondo i principi che regolano le fonti del diritto.

L'efficacia retroattiva della sentenza potrebbe, semmai, essere esclusa dalla stessa Corte che decida eccezionalmente di limitare "ex nunc" gli effetti della propria decisione, con la finalità di fare salvi, e, dunque, di non rimettere in discussione i rapporti giuridici costituiti in buona fede, nonché di salvaguardare il principio della certezza del diritto (Cass. 11/12/2012, n. 22577).

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia la limitazione degli effetti temporali di un'interpretazione: 1) ha carattere dichiaratamente eccezionale (Corte di giustizia UE 12.2.2000, causa C-372/98, punto 42); 2) necessita che siano soddisfatti due criteri essenziali, e cioè la buona fede degli ambienti interessati e il rischio di gravi inconvenienti (Corte di giustizia UE 23.5.2000, causa C-104/98, Buchner e a., punto 39; 28.9.1994, causa C-57/93, Vroege, punto 21); 3) soprattutto, può essere ammessa solo nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta (Corte di Giustizia UE 28.9.1994, causa C-57/93, Vroege, punto 31; 16.7.1992, causa C-163/90, Legros e a., punto 30).

Sicchè, nel caso in esame, deve farsi applicazione retroattiva della richiamata pronuncia della Corte, in mancanza di diverse statuizioni contenute nella stessa sentenza.

5.7. – Vanno, infine, rigettati per carenza di interesse i motivi del ricorso incidentale proposto dalla dott.ssa Manzi, concernenti la non sussistenza in capo

alle appellanti della titolarità del diritto di prelazione e la conservazione dello stesso nonostante la partecipazione alla gara, dovendosi ritenere, a suo avviso, che il prelazionario deve essere “un soggetto estraneo” alla gara.

La ricorrente incidentale ha, in effetti, per scrupolo difensivo riproposto la censura affermando che dovrà essere oggetto di disamina nella denegata e non sperata ipotesi in cui il Collegio dovesse condividere la tesi (prospettata dalle appellanti) della non immediata applicabilità della decisione della Corte di Giustizia.

6. - Va precisato, in conclusione, che il rigetto dell'appello in applicazione della sentenza della Corte di Giustizia comporta l'annullamento degli atti di assegnazione della farmacia alle appellanti per effetto dell'esercitato diritto di prelazione, ma non necessariamente l'assegnazione diretta della farmacia alla dott.ssa Manzi, come erroneamente statuito dai giudici di primo grado.

Ad avviso del Collegio, alla luce delle argomentazioni rese dai giudici europei, la disapplicazione dell'art. 12 l. n. 362/1991 nell'attuale formulazione, o meglio l'interpretazione della norma che ne ha fornito la Corte di Giustizia nel senso che legittima la previsione di forme di prelazione “non incondizionata”, che ben possono essere rimesse alla discrezionalità dell'Amministrazione, deve condurre alla ripetizione della gara, con la previsione di un diritto di prelazione compatibile con l'art. 49 del Trattato.

L'attribuzione di punteggi premiali in gara, in favore dei dipendenti di farmacia comunale, cui la stessa sentenza della Corte di Giustizia riconosce espressamente “meritevolezza” come proporzionato mezzo di “valorizzazione” delle competenze acquisite, potrebbe rappresentare il mezzo idoneo, nel contemperamento degli interessi, alla soddisfazione dell'interesse pubblico alla salute.

7.- In conclusione, l'appello va respinto e, per effetto, va confermato l'annullamento della determinazione del Comune di Albenga n. 3096 del 2018,

contenente l'aggiudicazione definitiva dell'esercizio in favore delle odierne appellanti.

7.1.- Ai sensi dell'art. 122 c.p.a., va, infine, dichiarata l'inefficacia del contratto (nel quale non potrebbe subentrare la ricorrente vittoriosa in primo grado), che la giurisprudenza ritiene obbligatoria allorchè il vizio riscontrato comporta il rinnovo della gara, secondo l'inciso contenuto nella parte finale della norma stessa (Consiglio di Stato Ad. Plen. n. 13 del 28.7.2011; IV sez., 21.3.2016, n. 1126).

Invero, l'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma costituisce oggetto di una specifica pronuncia giurisdizionale; innovazione, questa, significativa rispetto alla logica sequenza procedimentale che vede la privazione degli effetti del contratto strettamente connessa all'annullamento dell'aggiudicazione, e da questa dipendente, anche nella prospettiva delle esigenze di semplificazione e concentrazione delle tutele ai fini della loro effettività (Cons. Stato, sez. III, 17/10/2017, n.4797 e 01/04/2016, n. 1308; VI, 12 dicembre 2012, n. 6374; sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437; sez. V, 26 settembre 2013, n. 4752).

7.2.- Infine, va ribadito che, a differenza di quanto statuito dal primo giudice, il Comune dovrà rinnovare la gara per la cessione della farmacia, nel rispetto delle statuizioni della Corte di Giustizia richiamate al punto 6.

8.- Le spese del presente grado di giudizio, in considerazione della particolarità della vicenda, vanno compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata e l'annullamento della determinazione del Comune di Albenga n. 3096 del 2018, con le precisazioni di cui in motivazione.

Dichiara inefficace il contratto stipulato con le appellanti, ai sensi dell'art. 122 c.p.a..

Respinge gli appelli incidentali.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

L'ESTENSORE

Paola Alba Aurora Puliatti

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO

Pubblicato il 16/02/2021

N. 01409/2021REG.PROV.COLL.
N. 07078/2016 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7078 del 2016, proposto da
Alessandro Annunziata e Alessia Biella (già rappresentati e difesi dall'Avvocato
Claudio Colombo, con domicilio fisico presso lo studio Giulia Greco in Roma,
via F. Cesi 21) con atto del 4 ottobre 2018 rappresentati e difesi dall'Avvocato
Emanuela Beacco, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

contro

Comune di Bernareggio, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'Avvocato Francesco Pintucci, con domicilio eletto
presso lo studio Bernardo Scavo in Roma, via Scirè, n. 6;

nei confronti

Barbara Ferraro, rappresentato e difeso dall'Avvocato Gianbattista Pini, con
domicilio eletto presso lo studio Walter Fini in Roma, via Buccari n. 3;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) n. 1048/2016, resa tra le parti, concernente aggiudicazione della titolarità di farmacia comunale, con cui era respinto il ricorso per l'annullamento della determinazione n. 31 del 12 maggio 2014 con la quale è stata aggiudicata la titolarità della farmacia comunale n. 2 in località Villanova del Comune di Bernareggio;

nonché per quanto occorrer possa:

- 2) della determinazione n. 27 del 29 marzo 2014 recante aggiudicazione provvisoria della medesima farmacia;
- 3) del verbale di aggiudicazione provvisoria del 28 marzo 2014;
- 4) del bando di asta pubblica 31 gennaio 2014 per la concessione della farmacia comunale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli artt. 25 del d.l. n. 137/2020 e 4 del d.l. n. 28/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 70/2020, quanto allo svolgimento con modalità telematica delle udienze pubbliche e delle camere di consiglio del Consiglio di Stato nel periodo 9 novembre 2020 - 31 gennaio 2021;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bernareggio e di Barbara Ferraro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza con modalità da remoto del giorno 28 gennaio 2021 il Cons. Solveig Cogliani; nessuno è comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La vicenda oggetto di contenzioso giunge all'esame della Sezione, dopo un lungo iter processuale che comprende due pronunzie del giudice nazionale e l'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Si riporta per chiarezza, di seguito, una sintesi della vicenda, secondo quanto già evidenziato nella sentenza 4053 del 2018.

La questione vede il suo inizio con l'indizione di un'asta pubblica ai sensi del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, per la cessione della farmacia comunale n. 2, sita in località Villanova, con bando del 31 gennaio 2014, da parte del Comune di Bernareggio.

L'operazione prevedeva:

- la cessione da parte del Comune della licenza della farmacia, a fronte del pagamento del maggior prezzo (comprensivo dell'avviamento), aggiudicato in sede di gara a partire dalla base d'asta fissata in € 580.000,00;
- la cessione dei mobili, degli arredi, delle attrezzature e delle merci esistenti all'interno della farmacia, dietro pagamento di un prezzo predefinito (art. 2);
- la cessione delle giacenze di magazzino, ad un prezzo anch'esso predefinito (art. 5);
- la concessione in locazione dei locali attualmente in uso della farmacia e di proprietà dello stesso Comune, alle condizioni precisate all'art. 3 e nell'allegato "E";

L'art. 9 del bando di gara, facendo applicazione dell'art. 12 l. n. 362/1991, disciplinava, inoltre, il diritto di prelazione, a tal fine prevedendo che *“il trasferimento della titolarità della farmacia all'aggiudicatario provvisorio sarà subordinato al mancato esercizio del diritto di prelazione da parte dell'Azienda Speciale Farmacie Vimercatesi e dei farmacisti a tempo indeterminato dell'Azienda stessa in possesso dei requisiti di legge”*.

L'offerta degli odierni appellanti risultava quella economicamente più vantaggiosa, sicché gli stessi divenivano aggiudicatari provvisori, come da verbale di gara in data 11 marzo 2014.

All'esito della procedura prevaleva, tuttavia, l'odierna appellata controinteressata, in quanto dipendente dell'Azienda Speciale Vimercatese, che aveva esercitato il

diritto di prelazione ai sensi dell'art. 9 del predetto bando, con nota del 27 marzo 2014, pur non avendo partecipato alla competizione; pertanto, a seguito della verifica dei requisiti autocertificati, si addiveniva all'aggiudicazione definitiva, con determinazione n. 31 del 12 maggio 2014.

Quest'ultima era impugnata innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (con ricorso R.G. 1873/2014) dagli odierni appellanti.

Il T.A.R. di Milano, dopo aver riscontrato la sussistenza della propria giurisdizione e la tempestività del ricorso, riteneva infondate nel merito le censure dedotte, respingendole integralmente e condannando gli allora ricorrenti alla refusione delle spese. In sede di appello, questa Sezione nel 2018, con la sent. n. 4053/2018, respinte le eccezioni di inammissibilità dell'appello, evidenziava che i dati normativi e disciplinari in applicazione dei quali è stata espletata la procedura di gara fanno capo:

- all'art. 12, comma 2, l. n. 362/1991, secondo il quale *“In caso di trasferimento della titolarità della farmacia comunale, i dipendenti hanno diritto di prelazione e ad essi si applicano le norme dell'articolo 7”*;
- all'art. 8 del bando, ai sensi del quale *“i plichi contenenti l'offerta e la documentazione, a pena di esclusione dalla gara, devono pervenire entro le 12.00 del giorno 10 marzo 2014 all'ufficio protocollo del Comune”*;
- all'art. 7, comma 2, lett. b) del bando, ai sensi del quale *“ .. i concorrenti, per partecipare alla gara dovranno, a pena di esclusione: .. erogare un acconto nella misura del 30% dell'importo a base di gara .. entro il 21 maggio 2014..”*;
- all'art. 9 del bando, il quale dispone che *“in applicazione dell'art. 12 L. 362/1991 il trasferimento della titolarità della farmacia all'aggiudicatario provvisorio sarà subordinato al mancato esercizio del diritto di prelazione da parte dell'Azienda Speciale Farmacie Vimercatesi e dei dipendenti farmacisti a tempo indeterminato dell'azienda stessa in possesso dei requisiti di legge.*

Alla fine della procedura dell'asta pubblica e comunque entro le ore 24.00 del giorno successivo (12 marzo 2014) l'Amministrazione comunale pubblicherà all'albo pretorio online la graduatoria e il prezzo di aggiudicazione provvisorio. Tale pubblicazione...deve intendersi a tutti gli effetti di legge come notifica ai partecipanti all'asta nonché notifica all'Azienda Speciale Farmacie Vimercatesi e per tramite di essa ai dipendenti farmacisti a tempo indeterminato dell'azienda stessa in possesso dei requisiti di legge, quale informazione utile e necessaria al fine di esercitare da parte loro il diritto di prelazione di cui trattasi.

Il diritto di prelazione può esser esercitato:

- *dall'azienda mediante dichiarazione in tal senso sottoscritta dal rappresentante legale;*
- *dai dipendenti farmacisti.....*

Tale facoltà deve essere obbligatoriamente manifestata entro e non oltre le 18.00 del 27 marzo 2014 mediante comunicazione sottoscritte depositata protocollo del Comune di Bernareggio secondo lo schema di cui all'allegato F al presente bando. A tale comunicazione dovrà essere annesso, pena di inammissibilità, sia il deposito cauzionale costituito mediante nell'importo e con le modalità previste al precedente paragrafo 8 che l'acconto nella misura di cui al punto 7 lett. c'.

Concludeva nel senso di affermare, dunque, la correttezza dell'interpretazione del primo giudice quanto alla non necessaria partecipazione del terzo con diritto di prelazione alla gara, stante le previsioni del bando, che esprimeva l'univoca volontà di consentire l'ingresso nella procedura in un momento successivo alla formulazione delle offerte ai terzi titolari di prelazione legale non partecipanti alla procedura e quindi ignari del suo svolgimento e dei suoi esiti.

Quanto alla natura della procedura, la Sezione evidenziava che non si configura nella specie né una ipotesi di appalto, né di concessione di servizio pubblico, ma una fattispecie di trasferimento di esercizio/azienda da un soggetto pubblico ad un soggetto privato, come reso evidente anche dal criterio di aggiudicazione finalizzato a premiare l'offerta del prezzo più alto rispetto alla base d'asta. Ciò coerentemente con la giurisprudenza che ammette l'esercizio della prelazione

legale, nel contesto di aste pubbliche per l'alienazione di un bene, in favore di soggetti non partecipanti alla procedura pubblica (Cass. civ., Sez. un., 7 gennaio 2014, n. 62; Id., 26 aprile 2012, n. 6493). La soluzione era, dunque, ritenuta coerente con la finalità della procedura d'asta, che è quella di individuare quale sia, per le casse dell'ente, il grado massimo di economicità dell'operazione di privatizzazione, e nel contempo, le condizioni alle quali deve essere esercitata la prelazione contemplata nel secondo comma dello stesso articolo. Per queste ragioni, erano respinte le argomentazioni della parte appellante intese a sindacare la legittimità della posizione del prelazionario legale, assumendosi che questi non potesse che essere un soggetto partecipante alla gara.

La Sezione reputava, invece, pregiudiziale allo scrutinio del terzo mezzo di gravame la sottoposizione all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione europea di una questione interpretativa del diritto dell'Unione europea in materia di conformità ai principi euro-unitari della prelazione legale prevista dall'art. 12 della legge 362/1991.

Con il terzo motivo, infatti, gli appellanti deducevano che la prelazione prevista dall'art. 12 della l. n. 362 del 1991, in favore dei dipendenti dell'esercizio farmaceutico comunale, sarebbe lesiva dei principi di libera concorrenza e di parità di trattamento, come sanciti dal diritto comunitario.

Essa non si giustificerebbe né in favore di aziende speciali (come l'Azienda Speciale Farmacie Vimercatesi), visto che, essendo queste delle *longae manus* dell'amministrazione comunale, la scelta del modulo di gestione diretto risulterebbe incompatibile con quella del modulo indiretto mediante procedura di gara; né in favore dei dipendenti del presidio comunale, visto che, nel caso di privatizzazione del servizio, gli interessi dei lavoratori subordinati sarebbero salvaguardati dalla normativa civilistica (2112 c.c.), anch'essa di derivazione comunitaria (Direttiva 2001/23/CEE), volta a garantire la conservazione del rapporto di lavoro dei dipendenti dell'azienda oggetto di trasferimento.

L'attribuzione di una prelazione legale costituirebbe, dunque, un *vulnus* alle regole concorrenziali, in quanto comporterebbe un vantaggio notevole per il beneficiario, in grado di farlo primeggiare su chi abbia presentato la migliore offerta e di vanificare, pertanto, il principio di parità di trattamento tra concorrenti e l'essenza stessa del confronto concorrenziale.

Con ordinanza n. 4102 del 2018, pertanto, la Sezione disponeva la sottoposizione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la seguente questione di interpretazione del diritto unionale: « *Se i principi di libertà di stabilimento, di non discriminazione, di parità di trattamento, di tutela della concorrenza e di libera circolazione dei lavoratori, di cui agli articoli 45, da 49 a 56, e 106 del TFUE, nonché di cui agli artt. 15 e 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'U.E., ed il canone di proporzionalità e ragionevolezza in essi racchiuso, ostano ad una normativa nazionale, quale quella di cui all'art. 12 comma 2 L. 362/1991, che, in caso di trasferimento della titolarità della farmacia comunale, assegna il diritto di prelazione ai dipendenti della farmacia medesima*».

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 19 dicembre 2019 nella causa C-465/2018 – (depositata in atti) ha concluso che il diritto di prelazione incondizionato, concesso ai farmacisti dipendenti di una farmacia comunale, in caso di cessione di quest'ultima mediante gara, comprime la libertà di stabilimento.

La Corte europea ha ricordato che l'art. 49 TFUE non è di ostacolo solo alle misure di diritto interno che creino discriminazioni sulla base della nazionalità, ma anche a quelle che sono idonee a ostacolare o a scoraggiare l'esercizio della libertà di stabilimento. Nella fattispecie in esame, il diritto di prelazione previsto a favore dei farmacisti risulta idoneo a dissuadere farmacisti, di altri Stati membri, dal partecipare alla procedura. Infatti, per aggiudicarsi la gara, non è sufficiente presentare l'offerta più vantaggiosa, giacché il farmacista prelazionario può ottenere la cessione della farmacia senza partecipare alla gara

stessa, ma semplicemente allineandosi all'offerta da altri formulata. Pertanto, il diritto di prelazione incondizionato a favore dei farmacisti dipendenti costituisce una restrizione della libertà di stabilimento.

Ancora ha precisato che il diritto comunitario non impedisce, in assoluto, la compressione del diritto di stabilimento, infatti, ne consente la restrizione a fronte del perseguimento di un obiettivo legittimo, in virtù del principio di bilanciamento degli interessi. La *ratio* della normativa italiana è da ricercarsi nella volontà di garantire una migliore gestione del servizio farmaceutico:

- permettendo la continuità del rapporto di lavoro dei farmacisti dipendenti,
- valorizzando l'esperienza di gestione maturata dagli stessi.

La Corte ritiene che la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) possa essere limitata per la tutela del diritto alla salute (art. 52 c. 1 TFUE), ad esempio, per garantire alla popolazione la fornitura di medicinali di qualità sicura, in quanto trattasi di un preminente interesse generale (sent. 05.12.2013, Venturini e a., C-159/12, C-161/12). Pertanto, occorre valutare se il diritto di prelazione sia idoneo a perseguire un interesse generale, come la tutela della salute.

Infatti, la tutela della salute prevale sulla libertà di stabilimento.

Accertato che la normativa nazionale comprime la libertà di stabilimento al fine di perseguire un interesse di carattere generale, occorre valutare se tale obiettivo non possa essere conseguito tramite altre misure. Come ricordato, la norma è tesa ad assicurare la continuità del rapporto farmaceutico; ebbene, secondo la Corte di Giustizia:

- a) il diritto di prelazione a favore dei farmacisti dipendenti non è una misura idonea a garantire la tutela della salute. L'obiettivo di mantenere i diritti dei dipendenti della farmacia, in caso di cessione, è già raggiunto tramite l'art. 2112 c. 1 c.c. (che traspone la direttiva 2001/23);
- b) il diritto di prelazione a favore dei farmacisti dipendenti non soddisfa la valorizzazione dell'esperienza professionale per assicurare una migliore gestione

del servizio farmaceutico. Infatti, la norma introduce una sorta di presunzione assoluta, in base alla quale i farmacisti dipendenti siano soggetti più competenti di altri a gestire il servizio. La suddetta presunzione non poggia su una valutazione concreta e, pertanto, è inidonea a conseguire l'obiettivo della salute.

In conclusione, secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *«l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta ad una misura nazionale che concede un diritto di prelazione incondizionato in favore dei farmacisti dipendenti di una farmacia comunale in caso di cessione di quest'ultima mediante gara»*. I giudici comunitari hanno, dunque, ritenuto che la disciplina italiana, così come strutturata, limiti la libertà di stabilimento senza perseguire un superiore interesse generale. Infatti, il diritto di prelazione a favore dei farmacisti dipendenti non assicura una maggiore professionalità nell'erogazione del servizio farmaceutico. Del resto, la legge consente il trasferimento di una farmacia solo a favore di soggetti iscritti all'albo professionale dei farmacisti, che abbiano già conseguito l'idoneità alla titolarità di una farmacia, che abbiano almeno due anni di pratica professionale.

Pertanto, tali condizioni offrono già una garanzia sulla competenza professionale dei potenziali acquirenti di una farmacia comunale. Inoltre, l'obiettivo di valorizzazione dell'esperienza professionale può essere raggiunto mediante misure diverse rispetto al diritto di prelazione, come l'attribuzione di punteggi premiali, nell'ambito della procedura di gara, in favore dei partecipanti che apportino la prova di un'esperienza nella gestione di una farmacia. Per tutte le ragioni sopra esposte, *«il diritto di prelazione incondizionato [...], nella misura in cui è diretto ad assicurare una migliore gestione del servizio farmaceutico – supponendo che effettivamente persegua un obiettivo concernente la tutela della salute – non è idoneo a garantire la realizzazione di tale obiettivo e, in ogni caso, va oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso»*.

A seguito del deposito della predetta pronunzia, il Comune appellato ha depositato memoria con la quale con riferimento alla validità del provvedimento

oggetto di impugnazione, si rimette all'applicazione del suddetto principio al caso di specie da parte di questo Consiglio di Stato.

Per quanto attiene alle conseguenze in punto di eventuale responsabilità dell'Ente comunale resistente ed in relazione agli effetti della caducazione dell'aggiudicazione rispetto all'efficacia del contratto di trasferimento della farmacia e del subentro nella pattuizione da parte del ricorrente, esclude ogni propria responsabilità in quanto lo stesso avrebbe, diligentemente, applicato la disciplina di legge vigente al momento di svolgimento del procedimento di aggiudicazione. Per quanto concerne le conseguenze sul contratto invoca per analogia le disposizioni di cui all'art. 121 c.p.a., ritenendo non sussistenti i presupposti per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto. Altresì, precisa che nella fattispecie oggetto del presente giudizio, ove si accedesse all'ipotesi di annullamento dei provvedimenti impugnati, la stazione appaltante sarebbe obbligata a rinnovare la gara afferente l'aggiudicazione della farmacia, in quanto, diversamente, verrebbero irrimediabilmente lesi i diritti dell'odierna aggiudicataria, Dott.ssa Barbara Ferraro. Tuttavia la rinnovazione non sarebbe stata richiesta dagli appellanti.

Diverse considerazioni impedirebbero poi la declaratoria di inefficacia del contratto di cessione d'azienda in favore dell'odierna aggiudicataria in ragione dello stato di esecuzione dell'accordo, degli interessi delle parti e dalla buona fede (e legittimo affidamento) del terzo contraente (Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2014, n. 5478).

Infatti, il contratto in esame è in esecuzione da oltre sei anni – stante la stipula del rogito notarile della pattuizione di cessione dell'azienda in data 22 maggio 2014 – con tutto ciò che comporta la gestione della farmacia comunale per tale periodo (stipulazione di accordi con soggetti terzi, incremento dell'attività, assunzione di dipendenti), sicché ulteriormente sarebbe incontestabile la buona fede del terzo contraente, il quale ha ricevuto l'assegnazione della farmacia in

forza della legge vigente al momento dell'aggiudicazione, la cui corretta applicazione è stata confermata dal TAR sia in sede cautelare che di merito.

L'Amministrazione appellata chiede, dunque, la reiezione dell'appello ed in via ulteriormente subordinata, nella denegata ipotesi di dichiarazione di inefficacia del contratto conseguente all'aggiudicazione definitiva, di disporre la rinnovazione della gara con indicazione delle modalità.

Con memoria per l'udienza di discussione la parte controinteressata chiede l'applicazione del principio del *tempus regit actum*. Rileva che gli appellanti non avrebbero formulato, nel proprio atto di appello, espressa domanda di subentro nel contratto di cessione.

Invoca anch'essa la normativa di cui agli artt. 121 e ss c.p.a.. Precisa che per l'acquisto della farmacia aveva acceso un mutuo di € 150.000,00 presso Unicredit successivamente rinegoziato con BNL. Allo stato, l'appellata dichiara di aver in corso due finanziamenti/mutui che, alla data del 30 settembre 2020, prevedono un capitale residuo ancora dovuto pari a € 54.166,00 (come da doc. n. A depositato in atti). Espone di aver sostenuto, nel corso degli anni, notevoli costi ed effettuato onerosi investimenti, come dimostrato dal "Prospetto Investimenti" (prodotto in giudizio doc. n. B), da cui risulta che, per l'acquisto della farmacia, la stessa ha effettuato il pagamento del prezzo, pari a € 600.000,00, oltre oneri notarili e imposta di registro per € 19.085,88. Inoltre, ha sostenuto numerosi costi di natura diversa per il complessivo importo di € 55.850,90 (per impianto elettrico e di condizionamento; lavori edili; attrezzature e macchinari; strumenti medicali e informatici; mobili e arredi, ecc.), come risulta dalle fatture prodotte (doc. n. C). Ancora, ha sottoscritto un contratto di locazione ad uso diverso dall'abitazione (a fronte del versamento di un canone annuo di € 6.000,00) relativo ad un immobile posto al piano sovrastante i locali della Farmacia (doc. n. D). Peraltro, il contratto di locazione della durata di anni sei (rinnovabile per altri sei), con decorrenza dal 1 aprile 2016. Tali locali sono

stati concessi in comodato d'uso gratuito ad un medico di base ed ad una pediatra.

Tale strategica scelta, che rappresenterebbe un ulteriore investimento, avrebbe contribuito ad incrementare i ricavi della farmacia oltre che a rappresentare un utile servizio per la cittadinanza stante, appunto, la vicinanza della Farmacia con gli studi medici e la conseguente possibilità per i pazienti di acquistare i **farmaci** direttamente nella farmacia dell'esponente. Tra l'altro, detti locali sono stati oggetto di ristrutturazione a cura e spese della farmacia proprio al fine di agevolare l'utilizzo dei locali da parte dei medici comodatari. Dal momento dell'aggiudicazione della farmacia ad oggi, la controinteressata ha costantemente incrementato i ricavi della farmacia stessa, che sono cresciuti dall'importo di circa € 486.000,00 nell'anno 2012, ad oltre € 730.000,00 nell'anno 2019, come si evince dai bilanci prodotti (doc. n. E-L), dall'anno 2014 all'anno 2019. La controinteressata produce, altresì, il "bilancio provvisorio" del corrente anno, redatto alla data del 15 dicembre 2020 (doc. M). Dall'esame dei bilanci prodotti si evince che nel corso degli anni, ha incrementato il fatturato della farmacia di circa il 50% e ciò nonostante la stessa sia situata in una piccola frazione del Comune di Bernareggio (nella provincia di Monza e Brianza). Infatti, all'epoca del bando il valore della farmacia era stato quantificato in €. 580.000,00 (come da perizia di stima finalizzata alla definizione dell'importo a base d'asta, in data 12.11.2013 – doc. N).

Deduce che, nell' ipotesi in cui la farmacia dovesse essere aggiudicata agli appellanti, quindi, si troverebbe nell'oggettiva impossibilità di consegnare il medesimo bene oggetto del bando.

Tale soluzione sarebbe – a suo dire - ingiustificabile in quanto non riconducibile ad alcun comportamento o azione addebitabile alla stessa, avendo operato sempre ed esclusivamente nel rispetto delle normative vigenti all'epoca.

Invoca, dunque, i principi espressi da questo Consiglio: *“Nel processo amministrativo, la regola dell'annullamento con effetti ex tunc dell'atto impugnato a seconda delle circostanze può trovare una deroga o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti o con la loro decorrenza ex nunc o escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi. Infatti, da un lato le normative, sostanziale e processuale, non dispongono la inevitabilità degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale; dall'altro gli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo prevedono che la rilevata fondatezza di un ricorso d'annullamento può comportare l'esercizio di un potere valutativo del giudice sulla determinazione dei concreti effetti della propria sentenza”* (Cons. Stato n. 2755/11).

Secondo la Corte di Lussemburgo tale principio costituisce un corollario del principio della certezza del diritto (CGUE, 20 dicembre 2017, C-322/16, Global Starnet, p. 46). Nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea non mancherebbero espliciti riferimenti alla dimensione “soggettiva” dell'affidamento. A riguardo l'appellata fa richiamo alla sentenza CGUE 14 marzo 2013 C-545/11, Agrargenossenschaft Neuzelle, che afferma: *“secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, il principio della tutela del legittimo affidamento rientra fra i principi fondamentali dell'Unione”*. Ed ancora alle decisioni n. 234/2007, 400/2007, 77/2008, con le quali la Corte ha evidenziato che: *“il fluire del tempo – il quale costituisce di per sé un elemento diversificatore che consente di trattare in modo differenziato le stesse categorie di soggetti, atteso che la demarcazione temporale consegue come effetto naturale alla generalità delle leggi - non comporta, di per sé, una lesione del principio di parità di trattamento sancito dall'art. 3 della Costituzione”*. Anche la Corte di Cassazione civile si sarebbe espressa in tal senso, anche recentemente (Sez. un., 28 aprile 2020, n.8236) arrivando ad affermare che *“l'affidamento è una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia, secondo una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla*

fiducia mal riposta. Si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede, che viene in considerazione quale elemento di una situazione che chiede protezione contro le conseguenze dannose della fiducia mal riposta".

Lo stesso Consiglio di Stato in un caso analogo, aveva espresso il principio di diritto secondo il quale "L'art. 12 c. 2 della I. n. 362/1991 stabilisce che in caso di trasferimento della titolarità della farmacia comunale, i dipendenti hanno diritto di prelazione. La legge attribuisce all'evidenza pubblica contemplata nel primo comma dell'art. 12 citato, fra l'altro, la funzione di individuare quale sia, per le casse dell'Ente, il massimo di economicità dell'operazione di privatizzazione, e nel contempo, le condizioni alle quali deve essere esercitata la prelazione contemplata nel secondo comma dello stesso articolo, nella cui statuizione entrano in gioco, con la preferenza accordata al dipendente, interessi pubblici di natura del tutto differente, che involgono, con la tutela dei farmacisti dipendenti, la gestione ottimale dell'esercizio farmaceutico, connesso anche alla valorizzazione dell'esperienza professionale conseguita attraverso l'espletamento dell'attività alle dipendenze dell'Ente." (Sez. V, 5 ottobre 2005 n. 5329).

Pertanto rileverebbe che anche le statuizioni del giudice comunitario erano pressoché univoche nell'affermare che le limitazioni previste dal legislatore nazionale non si pongono in contrasto con le regole del Trattato sul mercato comune (Deliberazione AVCP n. 51 del 18 maggio 2011 e dirimente sul punto risultava la pertinente giurisprudenza comunitaria Corte di Giustizia Europea - Grande Sezione - sentenza 19 maggio 2009, Presidente Skouris - Relatore Malenovsky, Causa n. 531/06, Commissione delle Comunità europee/Repubblica Italiana al cui vaglio era stata sottoposta la normativa nazionale italiana per una pretesa violazione degli art. 43 e 56).

Contesta, dunque, che dall'annullamento dell'aggiudicazione derivi direttamente l'assegnazione della farmacia agli originari ricorrenti, in assenza di una specifica domanda in tale senso.

L'attribuzione della farmacia agli appellanti all'esito del giudizio comporterebbe una deviazione molto profonda di questi principi in quanto consentirebbe loro di evitare il confronto competitivo con eventuali altri cittadini dell'Unione in possesso di requisiti che tenessero a partecipare e concorrere alla gara.

Peraltro, invoca l'interpretazione fornita dall'Adunanza Plenaria (Cons. Stato Ad. Plen. 22 gennaio 2017 n.13) che ha così statuito: *“L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato può modulare la portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni: a) un'obiettivo e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche.”* Chiede, dunque che per le peculiarità delle questioni sottese, questo Consiglio limiti la portata temporale della statuizione della Corte di Giustizia.

E, conseguentemente, nel merito di rigettare l'appello, perché infondato in fatto e in diritto.

In subordine, in ipotesi di annullamento dei provvedimenti impugnati, dichiarare la permanente efficacia del contratto di cessione d'azienda sottoscritto.

Ancora in subordine, previa assunzione dei provvedimenti ritenuti opportuni, dare atto che non ha portata vincolante, nel caso di specie, la sentenza della Corte di Giustizia Europea, limitandone, se del caso, la portata temporale degli effetti ai giudizi futuri.

In via ulteriormente subordinata: nella ipotesi in cui si ritenesse di applicare le statuizioni della Corte di Giustizia Europea al giudizio in esame, procedere nel sottoporre la questione nuovamente alla Corte di Giustizia Europea non avendo quest'ultima fornito elementi utili con riguardo alle modalità dell'eventuale disapplicazione della norma nazionale oggetto di vaglio e ciò anche al caso di specie.

In estremo subordine: procedersi all'annullamento del bando di gara impugnato assumendo, se del caso, i provvedimenti ritenuti più opportuni affinché il Comune di Bernareggio possa procedere nell'indire una nuova gara per la cessione della Farmacia.

Con memoria per l'udienza di discussione gli appellanti, insistono per la domanda di annullamento dell'aggiudicazione alla controinteressata con conferma dell'aggiudicazione agli appellanti, come da verbale di gara in data 11 marzo 2014, con conseguente subentro nel contratto.

Con memoria di replica per l'udienza di discussione il Comune e la controinteressata insistono per l'applicazione limitata nel tempo dell'interpretazione della Corte alla luce della richiamata Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, precisando le differenze dalla fattispecie esaminata dal T.A.R. della Liguria (N. 470/2020 pubblicata il 8 luglio 2020), in quanto nella specie che occupa la Ferrero non aveva partecipato alla gara.

Con memoria di replica degli appellanti per l'udienza del 28 gennaio 2021, ulteriormente precisano che :

- la pronunzia interpretativa adottata dalla Corte di giustizia avrebbe efficacia "ultra partes", poiché ad essa andrebbe attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, in quanto indicano il significato ed i limiti di applicazione delle norme, con efficacia "erga omnes" nell'ambito della Comunità, alla stessa andrebbe assegnata - secondo la consolidata giurisprudenza espressa dalle Corti nazionali (Cassazione, Corte Costituzionale e Consiglio di Stato) - la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate;
- il pronunciamento della Corte di Giustizia non potrebbe, dunque, che comportare l'annullamento dell'aggiudicazione alla dott.ssa Ferraro e l'attribuzione della Farmacia agli appellanti (come da provvedimento di aggiudicazione ante prelazione) con conseguente inefficacia del contratto di cessione di azienda; nel caso di specie, come affermato anche da parte

dell'appellata, non si verterebbe in materia di appalto o di concessione di un servizio pubblico in senso stretto, bensì nell'ipotesi di un vero e proprio trasferimento della titolarità di un esercizio, e quindi di una vera e propria "vendita" a tutti gli effetti, di un esercizio che da pubblico diventa privato;

- del pari infondata sarebbe la contestazione (sollevata peraltro solo dopo la Sentenza della Corte di Giustizia) in ordine alla mancata riproposizione della domanda di subentro; in ogni caso il risultato non sarebbe diverso anche in applicazione del principio dell'effetto conformativo della sentenza, in quanto la gara sarebbe stata funzionale alla determinazione del prezzo per la vendita della farmacia comunale; il criterio di gara (ovvero quello del prezzo più basso) sarebbe scevro da profili di valutazione discrezionale dell'offerta;

- nel caso in esame, con l'accoglimento del gravame ed il subentro nel contratto gli appellanti conseguirebbero il bene della vita cui anelavano; sicché sarebbe inammissibile la richiesta per la prima volta, in grado di appello della riedizione della gara;

- infondata sarebbe anche l'affermazione della appellata circa il fatto che il "trasferimento" della farmacia in capo agli appellanti rappresenterebbe una grave ed irreparabile lesione dei diritti, vista anche *"l'impossibilità da parte della Ferraro di liberamente partecipare alla gara potendo, quindi, concorrere per aggiudicarsi la farmacia"*, poiché contrariamente al dedotto, il bando era stato reso noto, attraverso la pubblicazione nelle forme di legge;

- inconferenti sarebbero le deduzioni in ordine al risarcimento del danno, domanda non articolata in questa sede, ma della quale gli istanti hanno fatto riserva a seguito del giudizio di annullamento.

All'udienza con modalità da remoto del 28 gennaio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1 – La vicenda oggetto di contenzioso riguarda, per come si è esposto in fatto, un procedimento complesso attivato per la cessione di beni dell'amministrazione ai sensi del r.d. 23 maggio 1924, n. 827 comportante lo svolgimento di un'asta pubblica con riferimento all'acquisizione della licenza della farmacia comunale e dei beni in essa contenuti, nonché all'affitto dei locali con un contratto di sei anni rinnovabile. Il procedimento risulta integrato, per come richiamato dal bando nella norma d'interesse, dalla disciplina di cui all'art. 12, l. n. 362 del 1991, che prevede la possibilità per il dipendente della farmacia di esercitare la prelazione.

La Corte di giustizia, interpellata sulla coerenza della previsione di un diritto di prelazione incondizionato da parte del farmacista che non ha preso parte all'asta, ne ha dichiarato la contrarietà al diritto comunitario e ai principi di libera circolazione del mercato unitario.

Ciò posto, la vicenda ha avuto origine nel 2014, anno dell'asta e della conseguente aggiudicazione provvisoria ai vincitori dell'asta e dell'aggiudicazione definitiva a favore della farmacista dipendente. Di seguito si è indubbiamente, per come detto consolidata per il decorso del tempo e per quanto di seguito si esporrà, la posizione della farmacista e, per altro verso, il ricavato della cessione ha costituito entrata dell'ente comunale.

II - Osserva il Collegio che, in via preliminare, al fine del decidere è necessario delimitare l'ambito della presente controversia.

III - Orbene, nella presente fase di giudizio non pare riproposta l'eccezione di tardività rigettata dal primo giudice, peraltro, attraverso un confutabile richiamo alla giurisprudenza in tema di clausole escludenti e di circoscrizione delle ipotesi in cui è evocabile un onere d'immediata impugnazione.

Tuttavia, anche in vista di ciò che di seguito si preciserà con riguardo alla tutela dell'affidamento della controinteressata appellata, come dalla stessa evocata negli atti difensivi, e dell'applicabilità della norma come individuata dalla

interpretazione della Corte di giustizia, non può non evidenziarsi che le odierne appellanti – anch'esse – al momento della partecipazione alla competizione avevano accettato la disposizione del bando che prevedeva l'esercizio della prelazione da parte di soggetto che non avesse partecipato all'asta.

Orbene, se tale competizione non può dirsi equiparabile ad una gara per una concessione o per un appalto pubblico, bensì è tesa alla cessione di un bene riconducibile alle regole di diritto privato, secondo l'inquadramento ribadito dalla parti e richiamato anche da questo consiglio, per come esposto in fatto, allora va, altresì, richiamata la disciplina del contratto, in cui la buona fede costituisce regola fondamentale, intesa come reciproca lealtà di condotta e fondamentale canone di correttezza al quale tutte le parti di un rapporto contrattuale devono necessariamente ispirarsi.

Così anche nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, le parti devono comportarsi secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c.c.. Ed ancora il successivo art. 1338, rubricato "*Conoscenza delle cause di invalidità*", prevede che: "*La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto*". Tale disposizione concerne la tutela l'affidamento di una delle parti non già sulla conclusione del contratto ma sulla sua validità. Peraltro, nel concetto di buona fede è ricompresa anche la diligenza ed, in essa, l'obbligo di informazione circa eventuali cause di invalidità o di inefficacia.

Tali principi, applicati alla fattispecie in esame, sarebbero già di per sé sufficienti a tutelare la posizione del terzo – l'odierna controinteressata – che ha fatto affidamento sulla legittimità del procedimento e sull'efficacia del contratto stipulato, tanto da assumere le scelte ed i rischi imprenditoriali evidenziate in fatto.

Con riferimento alla situazione degli appellanti, deve rilevarsi che gli stessi hanno scelto liberamente di concorrere alla competizione, senza sollevare nell'immediatezza alcun dubbio in ordine alla successiva efficacia del contratto eventualmente stipulato con il prelezionario, secondo le previsioni del bando, applicative della legge nazionale.

IV – Deve ulteriormente precisarsi che gli odierni appellanti – ricorrenti originari - non hanno ad oggi proposto domanda di risarcimento del danno per equivalente e, pertanto, ogni valutazione del Comune a riguardo risulta inconferente, se riferita ad una difesa per responsabilità nell'applicazione delle norme secondo l'interpretazione ad esse data precedentemente all'intervento del giudice comunitario; e tuttavia, assume rilevanza nell'ottica già prima evidenziata al capo che precede della presente motivazione.

V – Deve invece escludersi l'applicazione analogica degli artt. 121 e ss., che costituisce disciplina dei poteri del giudice amministrativo in relazione all'efficacia del contratto con riferimento alle ipotesi specificamente previste dall'art. 119 c.p.a., stante la differenza della fattispecie trattata e la sua non riconducibilità all'ipotesi ivi previste – per quanto sopra specificato e alla luce della richiamata giurisprudenza – ed in mancanza di una disciplina legale 'speciale' come quella lì prevista.

Del resto, alla luce di quanto di seguito evidenziato, l'approfondimento della questione non risulta utile alla definizione della presente controversia.

VI – Tuttavia, va precisato che non vi è l'eccepita preclusione allo svolgimento della domanda di subentro nella presente fase di giudizio.

Viene contestato da parte appellata che gli appellanti non avrebbero proposto tale domanda. Tale affermazione non corrisponde alla realtà, poiché sul punto era contenuta espressa richiesta nel ricorso di primo grado.

In ogni caso, va evidenziato sotto il profilo dell'interesse delle parti che, anche in ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione alla luce della interpretazione resa

dalla Corte di Giustizia, con l'intervenuta sentenza, va condivisa l'impostazione di parte appellata circa la necessità del contestuale annullamento della norma del bando, che comporterebbe, dunque, semmai la riedizione della gara e non l'aggiudicazione agli appellanti, pena il perpetuarsi della violazione dell'assetto comunitario per il permanere in vita di un bando che – secondo l'interpretazione riportata – avrebbe escluso non solo la partecipazione del farmacista dipendente (il cui affidamento sarebbe violato), ma anche i principi di libera circolazione nell'Unione.

Tuttavia, nella specie sfugge a questo giudice, per quanto sin qui evidenziato la pronuncia di inefficacia del contratto sulla base delle disposizioni di cui all'art. 121 e ss. del c.p.a..

VII – Svolte siffatte considerazioni, dunque, e ripartendo dal pronunciamento della Corte di giustizia, deve ripetersi che con esso si è stabilito che il diritto di prelazione incondizionato a favore dei farmacisti dipendenti costituisce una restrizione della libertà di stabilimento. Ne discende l'illegittimità della norma del bando e della conseguente aggiudicazione.

Tuttavia, ove a tale annullamento non possa conseguire il soddisfacimento del bene della vita consistente nel subentro – in assenza di una richiesta risarcitoria ed in presenza peraltro dei profili già sopra evidenziati attinenti al comportamento delle parti nel dispiegarsi del procedimento di selezione, comunque rimessi ad un diverso eventuale giudizio, deve evidenziarsi che l'interesse delle appellanti può assumere semmai, carattere strumentale ai soli fini della caducazione del bando in quanto contenente clausole applicative di norme contrastanti col diritto vincolante eurounitario, sicché tale effetto potrebbe loro consentire, se lo riterranno, una nuova partecipazione al procedimento allorché il Comune avrà adottato nuovo bando immune dal vizio emerso, con effetto caducante ex nunc, a seguito della citata pronuncia della CGUE.

VIII – Per addivenire alla definizione della controversia, dunque, risultano utili le pronunzie ed i principi sanciti da questo Consiglio in Adunanza plenaria.

Con la sentenza n. 13 del 2017 l'Adunanza ha affermato che: *“Il fenomeno delle modificazioni della norma (precetto) a disposizione (testo) invariata – ben noto agli interpreti – è stato cristallizzato dalle Sezioni Unite civili: «In ragione, appunto, di tale collegamento tra norma giuridica e valore (che segna il discrimine tra legge fisica o di natura e il diritto come legge assiologica), ed anche del suo inevitabile porsi come elemento (di settore) di un sistema ordinamentale, la norma, una volta posta in essere, non resta cristallizzata in se stessa, ma è soggetta, ex se, a dinamiche evolutive. Nel senso che, nel tempo, essa è suscettibile di assumere una molteplicità di contenuti, in relazione ed entro il limite dei significati resi possibili dalla plurivocità del significante testuale - per un duplice ordine di fattori propulsivi, interni ed esterni. [...] Parallelamente, per quanto poi attiene all'incidenza di fattori esterni, è decisivo l'aspetto strutturale-sistematico della regola iuris, quale elemento non in sé autoconchiuso, ma segmento invece di una complessa architettura giuridica, coordinata secondo postulati di unitarietà e completezza. In questo articolato mosaico, ogni disposizione si trova così inserita in settori e subsettori normativi ed investe una serie di relazioni reciproche con norme contigue. Per cui è ben comprensibile come, in prospettiva diacronica, le eventuali successive modificazioni, abrogazioni, sostituzioni delle disposizioni interferenti abbiano una possibile ed automatica ricaduta sul contenuto della disposizione in questione, anche per questa via quindi innescandone processi modificativi» (Cass. sez. un., n. 15144 del 2011)”*.

Ed ancora ha precisato che *“ben può il Consiglio di Stato – in sede Plenaria – modulare la portata temporale della propria sentenza, facendone decorrere gli effetti solo per il futuro”*.

In generale ha ancora individuato nell'ordinamento nazionale e sovranazionale i principi che legittimano la modulazione degli effetti della decisione.

In primo luogo, evidenziando che: *“La possibilità di modulare la portata temporale delle decisioni giurisdizionali è un principio affermato dalla Corte di Giustizia UE che trova terreno fertile nel processo amministrativo. La giurisprudenza comunitaria ha già da tempo affermato – nell'ambito della giurisdizione di annullamento sugli atti comunitari – che il*

principio dell'efficacia ex tunc dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l'annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto ex nunc o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato (Corte di Giustizia, 5 giugno 1973, Commissione c. Consiglio, in C-81/72; 1999, Parlamento c. Consiglio, in C-164/97 e 165/97).

Tale potere valutativo prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona era previsto espressamente nel caso di riscontrata invalidità di un regolamento comunitario (art. 231 del Trattato della Comunità Europea), ma era esercitabile – ad avviso della Corte – anche nei casi di impugnazione delle decisioni (Corte di Giustizia, 12 maggio 1998, Regno Unito c. Commissione, in C-106/96), delle direttive e di ogni altro atto generale (Corte di Giustizia, 7 luglio 1992, Parlamento c. Consiglio, in C-295/90; 5 luglio 1995, Parlamento c. Consiglio, in C-21-94).

La Corte di Giustizia è dunque titolare anche del potere di statuire la perduranza, in tutto o in parte, degli effetti dell'atto risultato illegittimo, per un periodo di tempo che può tenere conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche di ogni altra circostanza da considerare rilevante (Corte di Giustizia, 10 gennaio 2006, in C-178/03; 3 settembre 2008, in C-402/05 e 415/05; 22 dicembre 2008, in C-333/07).

Tale giurisprudenza ha trovato un fondamento testuale nel secondo comma dell'art. 264 del Trattato sul funzionamento della Unione Europea, che non contiene più il riferimento delimitativo alla categoria dei regolamenti (“Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi”).

Inoltre con riguardo all'ambito nazionale, ha precisato che:

“I principi europei sono trasferibili nell'ordinamento nazionale in virtù dell'art. 1 del Codice sul processo amministrativo, secondo cui “La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”, peraltro

avendone il Consiglio di Stato già fatto applicazione come nel *leading case* Cons. Stato, sez. VI, n. 2755 del 2011).

Pertanto, l'Adunanza ha concluso che *“la regola dell’annullamento con effetti ex tunc dell’atto impugnato può, sia pure in circostanze assolutamente eccezionali, trovare una deroga, con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (si veda, in questo senso, Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o con la loro decorrenza ex nunc. L’ordinamento riconosce la possibilità di graduare l’efficacia delle decisioni di annullamento di un atto amministrativo (cfr. l’art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 e l’art. 34, comma 1, lettera a), del Codice del processo amministrativo). È altresì ammessa la possibilità per il giudice amministrativo di modellare nel caso concreto l’efficacia delle sentenze in materia di contratti pubblici (cfr. artt. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo)”*.

Tale principio risulta condiviso anche dalla Corte costituzionale, che, nell'accogliere la questione di legittimità della disposizione che introduce un'addizionale all'imposta sul reddito delle società per talune imprese (c.d. Robin Tax), ha affermato che gli *«effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale decorrono, tuttavia, dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione nella Gazzetta Ufficiale al fine di evitare che l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla pronuncia determini uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venir meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea ed internazionale e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime»* (Corte cost., 11 febbraio 2015 n. 10).

A sostegno di tale interpretazione l'Adunanza segnalava, che le decisioni pregiudiziali della Corte di giustizia hanno la stessa efficacia delle disposizioni interpretate e, pertanto, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiegano i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione delle medesime: *“Come le sentenze di annullamento e quelle di incostituzionalità, anche le sentenze interpretative hanno efficacia retroattiva, ma per ragioni*

diverse: non si tratta di eliminare un atto dal mondo giuridico per vizi genetici o di dichiarare l'originaria difformità di un legge dalla fonte superiore, ma di accertare il significato di un frammento dell'ordinamento giuridico qual era sin dal momento della sua venuta ad esistenza. In tali ipotesi la deroga alla retroattività trova fondamento, più che nel principio di effettività della tutela giurisdizionale, nel principio di certezza del diritto: si limita la possibilità per gli interessati di far valere la norma giuridica come interpretata, se vi è il rischio di ripercussioni economiche o sociali gravi, dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni (in tal senso, ma con riferimento all'ordinamento comunitario, Corte di Giustizia, 15 marzo 2005, in C-209/03)".

A giustificazione dell'assunto l'Adunanza richiama poi *"anche un dato testuale: l'art. 113, comma 3 Cost. stabilisce che "La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa". L'interposizione del legislatore non occorre allorché via sia un principio generale dell'ordinamento UE direttamente applicabile che permetta al giudice amministrativo di pronunciarsi sulla legittimità degli atti della pubblica amministrazione modulando gli effetti della propria sentenza, e ciò vale in particolare quando il giudizio di annullamento presenti uno spiccato carattere interpretativo. La seconda conseguenza è la praticabilità della prospective overruling, in forza della quale il principio di diritto, affermato in contrasto con l'orientamento prevalente in passato, non verrà applicato (con vari aggiustamenti) alle situazioni anteriori alla data della decisione. La prospective overruling si esplicita, dunque, nella possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto inadeguato, per tutti i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata"*.

IX – Orbene, nel caso che occupa, non può esservi dubbio che il costante orientamento della giurisprudenza l'interpretazione data alla norma che consente la prelazione incondizionata abbia determinato il comportamento delle parti.

Come già detto, l'effetto della sentenza CGUE citata nella norma, posta a base del bando allora non contestato dagli odierni appellanti, non può essere quello, auspicato dagli stessi appellanti, del subentro nel contratto, giacché lo stesso fu stipulato sulla base di norme che non possono continuare a spiegare effetti nell'ordinamento nazionale.

Né può ipotizzarsi, avendo l'appellante gestito ormai da anni la farmacia in piena buona fede e investendovi somme cospicue, un effetto caducante retroattivo della stessa citata pronuncia.

Tuttavia, come lo stesso Comune appellato mostra di comprendere, non è ipotizzabile che il contratto possa continuare a produrre tutti i suoi effetti in quanto esso poggia su una base normativa non più applicabile, quanto meno ex nunc, nel nostro ordinamento. Spetterà quindi al Comune appellato avviare – previo l'esperimento delle azioni utili sul piano civilistico a definire il rapporto in essere nei confronti dell'attuale cessionario - una nuova procedura per la cessione della farmacia, con nuovo bando, aperto ovviamente – senza titoli preferenziali – a chiunque ne abbia interesse.

La posizione degli appellanti – per i quali non potrebbe rivivere la posizione di aggiudicatari (provvisori) – ma semmai quella di concorrenti unitamente ad un novero incerto ed indeterminato di offerenti, non appare caratterizzata, quindi, da un'aspettativa tutelabile quanto al risultato dell'assegnazione del bene, ma soltanto quale interesse a concorrere senza che altro eventuale interessato possa vantare una posizione preferenziale precostituita.

Ne discende che, nella specie, si confrontano i principi di tutela dell'iniziativa e della proprietà private, la stabilità dei bilanci pubblici.

Si ritiene, dunque , che ricorrano nella fattispecie, quelle condizioni che l'Adunanza Plenaria ha individuato come presupposto per la graduazione degli effetti *«l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la*

circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco».

X – La pronuncia della Corte di giustizia servirà ad orientare la futura attività dell'Amministrazione, al fine di assicurare il rispetto della interpretazione della norma nazionale in conformità con la disciplina euro-unitaria.

Mentre valuterà il legislatore se operare un intervento chiarificatore della disciplina della cessione delle farmacie con riferimento alla problematica della prelazione come sopra evidenziata, alla luce della pronuncia del giudice europeo che ha posto l'accento in particolare sul carattere "incondizionato" della fattispecie rimessa per la interpretazione pregiudiziale.

XI – L'appello, per tutti i motivi sin qui esposti, deve essere accolto, come ampiamente spiegato, ai soli fini della adozione, da parte del Comune appellato e con effetto ex nunc – sulla base del potere di questo Giudice di modulare l'effetto conformativo della propria pronuncia a seguito della citata sentenza CGUE – di nuovi atti concernenti la cessione della farmacia, considerato che il protrarsi, ulteriormente nel tempo, di un assetto contrattuale basato su norme nazionali ritenute in contrasto con quelle eurounitarie costituirebbe violazione diretta degli effetti di una pronuncia immediatamente vincolante della CGUE, che, avendo interpretato la norma, ne ha ritenuto ex tunc la illegittimità, e per la quale soltanto l'esercizio del consentito potere, da parte di questo Giudice, di adeguamento anche temporale degli effetti conformativi, può condurre alla non irretroattività degli effetti, così come, seppure in via subordinata, chiesto dalle parti appellate.

XII – La complessità della questione esaminata ed il succedersi dell'evoluzione interpretativa giustificano la compensazione delle spese della presente fase di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui alla motivazione e con le precisazioni quanto alla portata conformativa della presente pronunzia.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio da remoto dei giorni 28 gennaio e 9 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE
Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO