

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL **4 maggio 2022**

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo	3
Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 14 aprile 2022, n. 5	
Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 21 aprile 2022, n. 6	
Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 26 aprile 2022, n. 7	

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 14 aprile 2022, n. 5

I principi espressi dall'Adunanza Plenaria

La nozione di “*esercizio della professione medica*”, ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 7, comma 2, L. n. 362/1991, deve ricevere un’interpretazione funzionale ad assicurare il fine di prevenire qualunque potenziale conflitto di interessi derivante dalla commistione tra questa attività e quella di dispensazione dei farmaci, in primo luogo a tutela della salute; in tal senso deve ritenersi applicabile la situazione di incompatibilità in questione anche ad una casa di cura, società di capitali e quindi persona giuridica, che abbia una partecipazione in una società, sempre di capitali, titolare di farmacia.

Una società concorre nella “*gestione della farmacia*”, per il tramite della società titolare cui partecipa come socio, qualora, per le caratteristiche quantitative e qualitative di detta partecipazione sociale, siano riscontrabili i presupposti di un controllo societario ai sensi dell’art. 2359 c.c., sul quale poter fondare la presunzione di direzione e coordinamento ai sensi dell’art. 2497 c.c.

Caso di specie

Federfarma Italia e altri ricorrenti impugnavano l’aggiudicazione, disposta a favore di una società a responsabilità limitata, della titolarità di una delle farmacie comunali del Comune di Ascoli Piceno,

a cui era seguito il rilascio, da parte dell'Azienda sanitaria competente, dell'autorizzazione al trasferimento della titolarità e all'esercizio dell'attività di farmacia. In particolare, i ricorrenti rilevavano come la società aggiudicataria fosse una società unipersonale interamente controllata da un'altra società, sempre di capitali, la quale avrebbe esercitato, quale attività principale, quella di gestione di una casa di cura e assistenza: secondo i ricorrenti, ciò avrebbe determinato l'applicabilità della causa di l'incompatibilità tra la gestione di una farmacia e l'esercizio dell'attività medica di cui agli articoli 7 e 8 della L. n. 362/1991.

Il T.A.R. per le Marche accoglieva i ricorsi sulla base della tesi per cui le incompatibilità di legge previste per i farmacisti persone fisiche, riguardanti, in particolare, il divieto di svolgere attività medica, troverebbero applicazione anche con riferimento ai soci della società titolare dell'esercizio della farmacia, anche nell'ipotesi in cui il socio sia una persona giuridica. Al contempo, il T.A.R. riteneva sussistente l'elemento della gestione della farmacia in capo alla società titolare della casa di cura sulla base di una serie di elementi, tra cui la detenzione della totalità delle quote della società aggiudicataria e la sovrapposizione, in capo alla medesima persona fisica, dei ruoli di presidente del c.d.a. della casa di cura e di amministratore unico della società aggiudicatrice della titolarità della farmacia.

A seguito dell'impugnazione della sentenza di primo grado innanzi al Consiglio di Stato, veniva deferita all'Adunanza Plenaria la questione relativa all'effettiva sussistenza di un'incompatibilità, ai sensi degli artt. 7 e 8, L. n. 362/1991, tra la gestione di una farmacia e l'esercizio dell'attività

medica, qualora il socio unico della società titolare della farmacia sia una società di capitali.

Motivi della decisione

L'Adunanza Plenaria ha in primo luogo rilevato come il riferimento, da parte dell'art. 7, comma 2, L. n. 362/1991, all'"*esercizio della professione medica*" - elemento evidentemente configurabile esclusivamente in capo a persone fisiche - quale causa di incompatibilità con la partecipazione a società titolari dell'esercizio di farmacie private, altro non è che un retaggio del quadro normativo previgente rispetto alla riforma operata dalla L. n. 124/2017, con cui la titolarità dell'esercizio delle farmacie private è stata estesa anche alle società di capitali. Tale riforma ha inoltre abrogato la disposizione che in precedenza imponeva che i soci delle società che gestiscono farmacie dovessero essere a loro volta farmacisti: a fronte di ciò, il legislatore ha introdotto un espresso divieto di esercizio della professione medica per i soci di società titolari dell'esercizio di una farmacia, senza tuttavia nulla prevedere per l'ipotesi in cui il socio di detta società sia non già una persona fisica, bensì una persona giuridica.

Al fine di risolvere la questione prospettata nel caso concreto, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di dover affrontare separatamente le due questioni relative l'una alla configurabilità dell'elemento dell'esercizio della professione medica in capo ad una società di capitali, e, l'altra, alla possibilità di ritenere che detta società gestisca in concreto una farmacia, in via indiretta e mediante una società controllata.

Con riferimento alla prima questione, l'Adunanza Plenaria ha evidenziato come, pur a fronte delle peculiarità del contratto di ospedalità privata,

nondimeno tra i medici operanti nella casa di cura e la società titolare della stessa si instaura un collegamento tale da comportare l'applicabilità della regola di cui all'art. 1228 c.c., e dunque la configurabilità, in capo alla società, di una responsabilità civile per fatti dei medici ausiliari. A fronte di tali considerazioni, l'Adunanza Plenaria ha affermato che anche una persona giuridica, e in particolare una clinica privata, può esercitare, nei confronti dei propri assistiti, la professione medica ai fini della previsione di cui all'art. 7, comma 2, secondo periodo, della l. 362/1991: tale interpretazione funzionale e sistematica è infatti l'unica coerente con la *ratio* ispiratrice della citata regola di incompatibilità, che mira ad evitare commistioni di interessi tra medici che prescrivono farmaci e farmacisti interessati alla loro vendita, in un'ottica di tutela del diritto alla salute di rango costituzionale.

Una volta stabilito che è configurabile, in capo a una società di capitali, l'elemento dell'esercizio della professione medica, la disposizione di cui all'art. 7, comma 2, L. n. 362/1991 stabilisce chiaramente come ciò sia incompatibile con la partecipazione in società titolari dell'esercizio di una farmacia privata: diviene dunque irrilevante stabilire se la società titolare della casa di cura abbia o meno un ruolo centrale nella gestione della farmacia - tanto più che nel caso di specie era ravvisabile un controllo della società aggiudicataria dal carattere totalitario -, essendo sufficiente, ai fini dell'applicazione della regola di incompatibilità, anche una pur minima partecipazione.

L'Adunanza Plenaria ha altresì precisato che un'indagine relativa all'effettivo controllo, da

parte del socio persona giuridica, della società titolare dell'esercizio della farmacia, deve essere condotta con riferimento ad altri casi - non assoluti - di incompatibilità, quale quella di essere il socio titolare di rapporti di lavoro pubblico o privato. In tali casi, occorre fare riferimento alle regole e agli istituti propri del diritto societario - in particolare gli artt. 2359 e 2497 c.c. -, nell'elaborazione offertane in primo luogo dalla giurisprudenza civile, attribuendo in ogni caso valore preminente alla valutazione in concreto del singolo caso.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 21 aprile 2022, n. 6

I principi espressi dall'Adunanza Plenaria

“1) vi è mera irregolarità sanabile, con conseguente applicabilità del regime di cui all’art. 44, comma 2, Cod. proc. amm., nel caso di un ricorso notificato privo di firma digitale;

2) in tal caso il ricorrente ben può, in applicazione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa (art. 1 Cod. proc. amm.) e di ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2 Cod. proc. amm.), provvedere direttamente a rinotificare l’atto con firma digitale, ancor prima che il giudice ordini la rinnovazione della notifica;

3) in ordine infine al termine per il deposito del ricorso, di cui al combinato disposto degli artt. 94, comma primo e 45 Cod. proc. amm., lo stesso andrà fatto decorrere dalla data dell’effettiva notifica dello specifico atto concretamente depositato”.

Caso di specie

Con ordinanza della IV Sezione del Consiglio di Stato del 25 ottobre 2021, n. 7138 (l’*“Ordinanza”*), è stata rimessa all’Adunanza Plenaria la controversia introdotta innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio da parte del locatario di un immobile (l’*“Immobile”* ovvero il *“Bene”*) appartenente all’Agenzia del Demanio (di seguito, l’*“Agenzia”*), mediante l’impugnazione:

- i. di un’ordinanza resa da quest’ultima per il rilascio del Bene in via amministrativa, ai sensi dell’art. 823 c.c.; e

- ii. di un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze (il "MEF") con cui l'Immobile era stato attribuito all'Agenzia.

Non rileva in tale sede disquisire in ordine al merito della controversia, dal momento che la pronuncia in commento interessa profili di natura strettamente processuale.

Valga unicamente evidenziare, pertanto, che:

- a) il giudizio di primo grado si è concluso con una sentenza di accoglimento del ricorso introduttivo;
- b) tale decisione è stata successivamente impugnata dinanzi al Consiglio di Stato da parte del MEF e dell'Agenzia, con appello depositato nel termine di decadenza di trenta giorni decorrente dalla seconda notificazione dello stesso, dal momento che la prima notificazione, cui non aveva fatto seguito alcun deposito, conteneva un atto privo della firma digitale - *rectius*, privo della firma digitale da apporre mediante l'utilizzo del formato PAdES;
- c) a sua volta, l'appellato ha promosso appello incidentale eccependo, per quanto di interesse, l'improcedibilità dell'appello avversario in ragione dell'asserito mancato rispetto del termine di 30 giorni decorrente dalla prima notificazione. Secondo la tesi dell'appellato, in particolare, nel caso di plurime notifiche dell'atto volte ad emendare vizi dello stesso, della sua notificazione o del suo deposito, il *dies a quo* per il deposito dell'atto di appello decorrerebbe comunque dalla prima notifica, in quanto idonea a legittimare ulteriori notificazioni del medesimo atto, purché ovviamente sia ancora pendente il termine per impugnare. Ciò, nell'asserita applicazione degli articoli 94 e 45 del Codice del processo

amministrativo, recanti la disciplina dei termini per il deposito degli atti processuali soggetti a preventiva notificazione.

A fronte dell'eccezione formulata dall'appellato e in ragione dell'incertezza derivante dalle lacune del quadro normativo di riferimento oltre che dagli orientamenti giurisprudenziali formatisi sul punto, la IV Sezione del Consiglio di Stato, mediante l'Ordinanza, ha rappresentato all'Adunanza Plenaria l'esigenza di dirimere tale questione, ponendo l'attenzione sulla corretta interpretazione delle disposizioni e dei principi che regolano le impugnazioni, tra cui il principio di consumazione del potere, appunto, di impugnazione.

Motivi della decisione

L'Adunanza Plenaria, investita della questione, ha ritenuto ammissibile l'appello proposto dal MEF e dell'Agenzia, rimettendo dunque la decisione sul merito della controversia alla Sezione IV ed enunciando i seguenti principi di diritto:

“1) vi è mera irregolarità sanabile, con conseguente applicabilità del regime di cui all'art. 44, comma 2, Cod. proc. amm., nel caso di un ricorso notificato privo di firma digitale;

2) in tal caso il ricorrente ben può, in applicazione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa (art. 1 Cod. proc. amm.) e di ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2 Cod. proc. amm.), provvedere direttamente a rinotificare l'atto con firma digitale, ancor prima che il giudice ordini la rinnovazione della notifica;

3) in ordine infine al termine per il deposito del ricorso, di cui al combinato disposto degli artt. 94, comma primo e 45 Cod. proc. amm., lo stesso andrà

fatto decorrere dalla data dell'effettiva notifica dello specifico atto concretamente depositato".

La posizione assunta dall'Adunanza Plenaria discende da un'analisi della normativa applicabile (articoli 358 c.p.c., 45 e 94 c.p.a.) e della giurisprudenza di legittimità e amministrativa formatesi sul punto, che si è focalizzata, in primo luogo, sulla nozione di "consumazione del potere di impugnazione"; ipotesi, questa, da ritenersi non verificata, secondo quanto statuito dall'Adunanza Plenaria stessa, ogni qualvolta (*i*) non sia intervenuta una declaratoria di improcedibilità o di inammissibilità del gravame e (*ii*) purché la seconda impugnazione risulti tempestiva e vi sia stata litispendenza, ossia si sia svolto regolare contraddittorio tra le parti (Cass. civ., Sez. III, 16 novembre 2005, n. 23220; Cons. Stato, IV, 15 settembre 2009, n. 5523). Applicando i citati canoni ermeneutici al caso di specie, l'Adunanza Plenaria ha quindi escluso che la vicenda sottoposta al proprio scrutinio fosse riconducibile al paradigma della consumazione del potere di impugnazione, difettandone entrambi i presupposti: alla prima impugnazione, infatti, non era seguita alcuna declaratoria di improcedibilità o inammissibilità litispendenza né, quindi, era sorta alcuna litispendenza. In alcun modo, dunque, sarebbe possibile sostenere la consumazione della facoltà di impugnazione dell'appellante.

L'Adunanza Plenaria ha aggiunto, infine, che la seconda notifica dell'atto, effettuata allorché era ancora pendente il termine di legge per la proposizione dell'appello, era dipesa dall'intento delle amministrazioni appellanti di regolarizzare l'atto introduttivo del giudizio, atteso che la copia originariamente notificata a mezzo PEC non era stata sottoscritta con firma digitale mediante l'utilizzo del formato PAdES. Tale circostanza

configura un'ipotesi di mera irregolarità sanabile, *ex* articolo 44, comma 2, c.p.a., dal momento che: *(i)* nessuna comminatoria legale di nullità è prevista nel caso di predisposizione e deposito del ricorso in formato non digitale; e *(ii)* l'appello ha comunque raggiunto il suo scopo tipico, non essendo dubbia la riconducibilità dell'atto alle amministrazioni appellanti (cfr. l'articolo 156, comma 3, c.p.c.).

I princìpi di diritto enucleati dall'Adunanza Plenaria risultano senza dubbio ragionevoli e meritevoli di apprezzamento, in quanto volti, per un verso, a valorizzare i princìpi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa oltre che di ragionevole durata del processo, anche alla luce dell'autonoma regolarizzazione dell'atto compiuta da parte delle amministrazioni appellanti; per altro verso, poiché diretti a disincentivare la proposizione di eccezioni processuali che, al contrario, minano ingiustificatamente la sacralità dei medesimi princìpi.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 26 aprile 2022, n. 7

Il principio di diritto enunciato

Il comma 6 dell'art. 93, D.Lgs n. 50 del 2016 - nel prevedere che la "garanzia provvisoria" a corredo dell'offerta "copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario" - delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione.

Caso di specie

Un comune ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e spazzamento dei rifiuti urbani secondo il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La commissione, dopo l'apertura delle buste, ha redatto la graduatoria finale e ha formulato la "proposta di aggiudicazione" a favore di uno degli operatori economici che hanno partecipato alla gara. Il Comune ha, quindi, avviato i controlli finalizzati a verificare il rispetto da parte della Società dei requisiti di cui all'art. 80 del D.Lgs 50/2016, rilevando la presenza di

alcune cause di esclusione, dichiarando di non approvare la proposta di aggiudicazione formulata dalla commissione, ed inoltre, disponendo l'escussione della garanzia provvisoria. La Società, pertanto, ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara e l'intervenuta aggiudicazione in favore della seconda classificata. Dopo che il TAR ha rigettato il ricorso, la Società ha proposto appello.

La IV Sezione del Consiglio di Stato ha dichiarato l'appello non fondato con riguardo alle censure proposte avverso il provvedimento di esclusione e con riferimento alla contestazione dell'aggiudicazione in favore della seconda classificata ha sottolineato come l'intervenuta esclusione dalla procedura di gara comporti la carenza di legittimazione ad impugnare il provvedimento conclusivo della procedura amministrativa. Per quanto riguarda, invece, la contestazione della determinazione dirigenziale di escussione della "garanzia provvisoria", è stato disposto il rinvio all'Adunanza Plenaria.

Motivi della decisione

La questione sottoposta all'esame dell'Adunanza Plenaria attiene all'ambito di operatività della "garanzia provvisoria", che correda l'offerta dei partecipanti alla procedura di gara, al fine di stabilire se essa copra soltanto i "fatti" che si verificano nel periodo compreso tra l'aggiudicazione e il contratto ovvero se si estenda anche a quelli che si verificano nel periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione.

La Plenaria ha, in primo luogo, riassunto il quadro normativo di riferimento partendo dalla disciplina contenuta nel D.Lgs 50/2016 che si basa sulla distinzione tra: i) la fase procedimentale,

finalizzata alla selezione del migliore offerente mediante l'adozione, all'esito del procedimento, del provvedimento di aggiudicazione; *ii*) la fase provvedimentale, che va dall'aggiudicazione alla stipulazione del contratto; *iii*) la fase costitutiva di stipulazione del contratto tra pubblica amministrazione e aggiudicatario; *iv*) la fase esecutiva di adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Il Codice ha previsto che la fase procedimentale e la fase esecutiva siano corredate da un sistema di "garanzie provvisorie" e di "garanzie definitive". Nella vigenza del D.L. 163/2006 l'art. 75, comma 1, disponeva che l'offerta fosse corredata da una garanzia, pari al due per cento, del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di "cauzione" o di "fideiussione" a scelta dell'offerente. L'escussione di tale garanzia poteva avvenire secondo due differenti forme. La prima forma era disciplinata dall'art. 48 del D.lgs 163/2006 che, a sua volta, contemplava due diverse fattispecie previste rispettivamente nel primo e nel secondo comma. La seconda forma era quella prevista dallo stesso art. 75, il quale, al comma 6, disponeva che *«la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo»*.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs 50/2016 è stata mantenuta, con modifiche, soltanto quest'ultima forma di garanzia che viene disciplinata nell'articolo 93, comma 1 e 6 e che è stata, successivamente, modificata dall'articolo 59 comma 1, lett. d) del D.L. 56/2017, che prevede che *«la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di*

informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto». L'articolo 89 comma 1 afferma che c'è una possibilità di escussione della "garanzia provvisoria" per il concorrente soltanto nel caso di dichiarazioni false rese dall'operatore economico nell'ambito della procedura di avvalimento.

L'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, essendo stata eliminata la prima forma di garanzia, ha attribuito alla "garanzia provvisoria" natura esclusivamente non sanzionatoria.

L'Adunanza Plenaria, poi, con riguardo all'individuazione dei "soggetti" nei cui confronti può essere escussa la "garanzia provvisoria", disattende l'orientamento che sostiene che i "soggetti" siano sia l'"aggiudicatario" che il destinatario di una "proposta di aggiudicazione".

Sul piano dell'interpretazione letterale, infatti, il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 è chiaro nello stabilire che *«la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)».* Il riferimento sia all'aggiudicazione, quale provvedimento finale della procedura amministrativa, sia al *«fatto riconducibile all'affidatario»* e non anche al concorrente destinatario della "proposta di aggiudicazione" rende palese il significato delle parole utilizzate dal legislatore nel senso di delimitare l'operatività della garanzia al momento successivo all'aggiudicazione (in questo senso anche Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 2021, n. 8367, che ha esaminato una questione analoga a quella in esame, con decisione, però, assunta successivamente

alla camera di consiglio con cui è stata disposta la remissione all'Adunanza Plenaria). Il comma 9 dello stesso art. 93 prevede, inoltre, che *«la stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia»* prestata a corredo dell'offerta.

Sul piano dell'interpretazione teleologica, invece, il legislatore ha inteso ridurre l'ambito di operatività del sistema delle garanzie nella fase procedimentale, come risulta dall'analisi della successione delle leggi nel tempo.

Sul piano dell'interpretazione sistematica, in primo luogo, dall'analisi del contesto in cui la norma è inserita e, in particolare, dalla lettura coordinata di alcune disposizioni del Codice risulta chiara la distinzione tra la fase procedimentale relativa alla "proposta di aggiudicazione" e la fase provvedimentale relativa all'"aggiudicazione".

Sul piano dell'interpretazione analogica, la diversità della disciplina e delle situazioni regolate relativa alle due fasi, risultante dall'applicazione degli esposti criteri interpretativi, impedisce di estendere alla fase procedimentale le "garanzie provvisorie" della fase provvedimentale.

Alla luce di quanto esposto, l'Adunanza Plenaria ha affermato il principio di diritto secondo cui il comma 6 dell'art. 93 del D.Lgs 50 del 2016 - nel prevedere che la "garanzia provvisoria" a corredo dell'offerta *«copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)*» - delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la "proposta di aggiudicazione" e l'aggiudicazione.

LEAP

NEWSLETTER

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners