



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 294 del 2020, proposto da Bianca Maria Ricci, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Sanna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Borghetto Santo Spirito, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Barilati e Simone Massacano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Genova, corso Torino n. 30/18;

nei confronti

della Farmacia San Rocco di Manzi Dott.ssa Laura Maria & C. s.n.c., rappresentata e difesa dall'avvocato Emanuela Beacco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

degli atti della procedura d'asta pubblica per la cessione della titolarità della farmacia comunale di Corso Europa 95 in Borghetto Santo Spirito e della relativa

azienda commerciale, e, segnatamente, dell'atto di aggiudicazione della gara alla società Farmacia San Rocco s.n.c. di Manzi dott.ssa Laura Maria & C., di cui al verbale del 6.11.2019.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Borghetto Santo Spirito e della Farmacia San Rocco di Manzi Dott.ssa Laura Maria & C. s.n.c.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2021, svoltasi con modalità telematiche, il dott. Angelo Vitali, e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con atto di costituzione in giudizio a seguito di trasposizione di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica la signora Ricci Bianca Maria, già dipendente dell'azienda speciale SAEL Servizi Attività Economiche Locali, titolare della Farmacia comunale di Borghetto Santo Spirito, ha impugnato: 1) l'avviso d'asta pubblica 25.9.2019, emesso dal Comune di Borghetto Santo Spirito per la cessione della titolarità della farmacia comunale di Corso Europa 95 e della relativa azienda commerciale, pubblicato dal 26.9.2019 al 4.11.2019; 2) l'atto di aggiudicazione della gara alla società Farmacia San Rocco s.n.c. di Manzi dott.ssa Laura Maria & C., di cui al verbale del 6.11.2019.

Esponde: - che, confidando sul diritto di prelazione di cui all'articolo 12 della legge n. 362/1991, specificamente richiamato dall'art. 10 dell'avviso d'asta pubblica, ella non presentava domanda di partecipazione alla gara; - che, nel momento in cui si approssimava ad esercitare la prelazione, riceveva notizia della pubblicazione della sentenza 19.12.2019 nella causa C-465/2018, con cui la IV sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea dichiarava il contrasto del diritto di prelazione di cui

all'art. 12, comma 2, della legge n. 362/1991 con l'art. 49 del TFUE.

Svolta una premessa circa l'efficacia retroattiva delle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con il solo limite della intangibilità dei rapporti giuridici esauriti, lamenta che l'affermazione della C.G.U.E. secondo la quale chi, tra i dipendenti, intendesse acquistare la farmacia dovrà necessariamente partecipare alla gara, non potendo semplicemente attenderne l'esito per poi esercitare il diritto all'acquisto dopo essere stato interpellato, configurerebbe un'illegittimità del bando: sia per aver inserito il diritto di prelazione, con ciò inducendo la ricorrente a non partecipare alla gara; sia per non avere adeguatamente valorizzato l'esperienza professionale dei dipendenti mediante misure meno restrittive del diritto di prelazione, come l'attribuzione di punteggi premiali; sia, infine, a fronte della violazione dell'art. 49 TFUE, per la mancata sospensione ovvero il rinnovo del bando di gara, che ha violato il diritto del dipendente di prendervi parte.

Difatti, nel periodo di pubblicazione e vigenza del bando (dal 26 settembre 2019 al 4 novembre 2019), non solo era già nota l'ordinanza del Consiglio di Stato (Cons. di St., III, 4.7.2018, n. 4102) di rimessione della questione di compatibilità comunitaria dell'art. 12, comma 2, della legge n. 362/1991, ma erano anche note le conclusioni dell'Avvocato Generale Gerard Hogan, presentate alla Corte il 2 ottobre 2019, per richiedere appunto la declaratoria di violazione dell'art. 49 TFUE. A sostegno del gravame deduce: 1) la violazione dell'art. 49 del TFUE, nonché dell'art. 97 della Costituzione; 2) la violazione di legge per mancata applicazione della clausola sociale e dell'art. 2112 c.c. (posto che, all'atto dell'assunzione, ella veniva demansionata a farmacista collaboratore, con l'applicazione del meno favorevole CCNL Farmacie Private anziché del CCNL dei dipendenti delle imprese gestite o partecipate dagli enti locali esercenti farmacie), ciò che avrebbe giustificato il ritiro in autotutela dell'aggiudicazione alla controinteressata; 3) la violazione, da parte del comune di Borghetto Santo Spirito, delle norme a tutela del diritto di informazione e di consultazione sancito dalle norme nazionali (art. 47

della L. n. 428 del 1990) e dalle direttive europee per il caso di trasferimento di azienda ex art. 2112 cod. civ.; 4) la violazione dei criteri di concorrenza, di buon andamento e parità di trattamento, del principio di trasparenza e pubblicità nelle gare pubbliche, la lesione dell'affidamento e ingiustizia manifesta: l'offerta della controinteressata, in quanto effettuata in violazione della clausola sociale presente nel bando, avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Borghetto Santo Spirito e la controinteressata società Farmacia San Rocco di Manzi dott.ssa Laura Maria & C. s.n.c., preliminarmente eccependo l'irricevibilità per tardività e l'inammissibilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato sotto più profili (attinenti: alla mancata notifica all'autorità emanante, alla tardività dell'impugnazione concernente la comunicazione dell'aggiudicazione e l'invito ad esercitare la prelazione, alla carenza di legittimazione e di interesse per non aver esercitato nei termini la prelazione, alla mancata impugnazione delle determinazioni n. 1219 dell'8 novembre 2019 e n. 1374 del 4 dicembre 2019, con cui il Comune ha aggiudicato la gara e ceduto la titolarità della farmacia comunale, al difetto di giurisdizione rispetto alle domande concernenti la mancata applicazione della clausola sociale e la violazione delle norme a tutela del diritto di informazione e consultazione sindacale), nel merito controdeducendo ed instando per il suo rigetto.

Alla pubblica udienza del 21 aprile 2021 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

Il ricorso è inammissibile, sotto un duplice, concorrente profilo.

Innanzitutto, per omessa notifica del ricorso straordinario al Capo dello Stato all'amministrazione comunale di Borghetto Santo Spirito.

Ai sensi dell'art. 9 del D.P.R. 1199 /1971 *“Il ricorso deve essere proposto nel termine di centoventi giorni dalla data della notificazione o della comunicazione dell'atto impugnato o da quando l'interessato ne abbia avuto piena conoscenza. Nel detto termine, il ricorso deve essere notificato nei modi e con le forme prescritti per*

i ricorsi giurisdizionali ad uno almeno dei controinteressati e presentato con la prova dell'eseguita notificazione all'organo che ha emanato l'atto o al Ministero competente, direttamente o mediante notificazione o mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Nel primo caso l'ufficio ne rilascia ricevuta. Quando il ricorso è inviato a mezzo posta, la data di spedizione vale quale data di presentazione. L'organo, che ha ricevuto il ricorso, lo trasmette immediatamente al Ministero competente, al quale riferisce [...]”.

Benché la disposizione non brilli per chiarezza, la migliore dottrina e la giurisprudenza l'hanno da sempre interpretata nel senso che l'alternativa tra la notificazione all'organo che ha emanato l'atto o al Ministero competente concerne soltanto il caso in cui l'organo emanante appartenga ad un'amministrazione statale, mentre la notificazione del ricorso straordinario all'autorità emanante è sempre necessaria quando si tratti – come nel caso di specie – di un'amministrazione non statale (in tal senso cfr. C. cost., 29.7.1982, n. 148, § 4, nonché Cons. di St., VI, 18.7.2014, n. 3850: *“il ricorso straordinario deve essere notificato, oltre che ad almeno un controinteressato, anche all'autorità che ha emanato l'atto impugnato, se non appartenente all'amministrazione statale; la notifica all'autorità che ha emanato l'atto deve essere effettuata entro lo stesso termine previsto dalla legge per la notifica ad almeno uno dei controinteressati e tale regola è decisiva ai fini dell'ammissibilità del ricorso”*).

Osserva il collegio che l'onere di notifica (anche) all'autorità emanante, ove si tratti di amministrazione non statale, non vale tanto a preservare la possibilità di chiedere la trasposizione in sede giurisdizionale, quanto a tutelare l'affidamento dell'autorità emanante sulla inoppugnabilità dei propri atti amministrativi, anche in vista della loro esecuzione, una volta scaduto il termine perentorio per l'impugnativa giurisdizionale e giustiziale, cioè a tutelare il valore della certezza dei rapporti giuridici, che costituisce un precipitato del principio costituzionale di buon andamento ex art. 97 Cost.

Nel caso di specie, è pacifico che la ricorrente abbia notificato nei termini il ricorso

straordinario alla sola Farmacia San Carlo, ma non al Comune di Borghetto Santo Spirito, autorità che ha emanato gli atti gravati: donde un primo profilo di inammissibilità.

Ma il ricorso è comunque inammissibile anche per difetto di legittimazione ed interesse.

E' noto che la pretesa alla legittimità dell'atto amministrativo, e dunque la legittimazione ad agire, non è riconosciuta a *quisque de populo*, bensì esclusivamente a quei soggetti che, rispetto al potere amministrativo, si trovino in una posizione legittimante in relazione ad un rapporto giuridico sul quale va ad incidere il potere stesso.

Nel caso di specie, la ricorrente, ancorché dipendente dell'azienda speciale SAEL Servizi Attività Economiche Locali, titolare della Farmacia comunale di Borghetto Santo Spirito, per un verso non ha presentato una propria offerta nella procedura per la cessione della titolarità della farmacia comunale e della relativa azienda commerciale, per altro verso non ha concretamente esercitato il diritto di prelazione spettante ai dipendenti delle farmacie comunali nel termine di 15 giorni decorrenti dall'apposita comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione, conosciuta l'11.11.2019 (doc. 8 delle produzioni 10.3.2021 di parte comunale).

Se a ciò si aggiunge che, alla data di scadenza del termine per esercitare il diritto di prelazione (26.11.2019), non era stata ancora pubblicata la nota sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (19.12.2019), appare evidente come la ricorrente non appaia legittimata a dolersi di atti che – in tesi – avrebbero leso un diritto che la stessa non ha però inteso di esercitare, quando ancora ne aveva la possibilità.

Soltanto la partecipazione alla procedura o il tempestivo esercizio del diritto di prelazione contenuto nell'avviso pubblico l'avrebbero legittimata – una volta comunicatole il provvedimento finale di rigetto dell'atto di esercizio della prelazione – ad impugnare integralmente la legge di gara per aver illegittimamente

indotto un affidamento sulla possibilità di conseguire la titolarità della farmacia senza partecipare alla gara, ma soltanto esercitando la prelazione.

Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, che si liquidano in € 2.000,00 (duemila), oltre spese generali, IVA e CPA, in favore di ciascuna delle parti resistenti costituite.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2021, mediante collegamento da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

Liliana Felletti, Referendario

L'ESTENSORE

Angelo Vitali

IL PRESIDENTE

Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO