

Pubblicato il 20/05/2022

N. 03987/2022REG.PROV.COLL.

N. 06288/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 6288 del 2016, proposto da

Farmacia Comunale Adelfia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola D'Alconzo, Franco Matera, con domicilio eletto presso lo studio Franco Matera in Roma, via Filippo Civinini,11;

contro

Comune di Adelfia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Felice Eugenio Lorusso, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Prima, n. 423/2016.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Adelfia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 10 maggio 2022 il Cons. Ugo De Carlo e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Farmacia Comunale Adelfia S.r.l., impugnava la sentenza 423/2016 del T.a.r. per la Puglia che aveva accolto la domanda del Comune di Adelfia volta ad ottenere una pronuncia giurisdizionale che dichiarasse l'obbligo per la controparte di sottoscrivere il contratto di servizio necessario per attivare la gestione della farmacia comunale, per la quale il Comune aveva esercitato la prelazione, scegliendo la modalità della società mista pubblico-privato.

2. La vicenda può così riassumersi: il Comune di Adelfia, esercitando il proprio diritto di prelazione, è divenuto titolare di una delle due sedi farmaceutiche istituite nel territorio comunale. Per gestire la farmacia il Comune ha deciso di costituire una "società mista pubblico-privata a prevalente capitale privato con l'individuazione del socio di maggioranza all'esito di un'asta pubblica aggiudicata a favore dell'offerta più vantaggiosa. L'offerta migliore è stata formulata dai farmacisti Giovanni Rotunno e Cinzia Piccaluga con un aumento del 1835% sulla base d'asta che, all'esito, hanno costituito la s.n.c. l'Arcobaleno; in data 20 aprile 2000 è stata costituita la società mista a responsabilità limitata denominata "Farmacia Comunale Adelfia S.r.l." tra la società L'Arcobaleno S.n.c. ed il Comune di Adelfia per la gestione della sede farmaceutica.

In data 28 maggio 2000 ha avuto inizio la gestione del servizio pubblico farmaceutico senza la sottoscrizione di un contratto di servizio che specificasse le condizioni per lo svolgimento dell'attività in funzione della pubblicità del servizio medesimo.

Il socio privato aveva versato al Comune solo il corrispettivo della base d'asta senza pagare l'ingente incremento offerto che veniva ottenuto dal Comune, dopo un contenzioso innanzi al Tribunale di Bari, all'esito di una procedura esecutiva. Il giudizio di primo grado è stato promosso perché il socio privato maggioritario persisteva nel rifiutarsi di sottoscrivere il contratto di servizio con il Comune.

3. La sentenza impugnata, preso atto che il bando di gara per la scelta del socio privato comprendeva anche in allegato lo schema tipo del contratto di servizio, ha stabilito le modalità per giungere alla stipula del contratto medesimo, predisposto dal Segretario Generale del Comune di Adelfia, che potrà sottoscriverlo anche in nome e per conto della Società Farmacia Comunale Adelfia S.r.l., in tal modo tenendo luogo del contratto non concluso ex art. 2932 c.c..

4. L'appello presenta un solo motivo per evidenziare le ragioni per cui non poteva assumersi una decisione giudiziale applicando il disposto dell'art. 2932 c.c.

L'allegato E del bando di gara era un atto privo di contenuti negoziali in quanto non era previsto né un termine iniziale né un termine finale e neanche il corrispettivo da versare come canone di locazione: pertanto mancherebbero i presupposti di determinatezza per concludere un contratto per mezzo di una sentenza.

Inoltre l'appellante ritiene che l'allegato E è un atto la cui stipula era prevista solo eventualmente ed il Comune non ha mai dimostrato interesse a sottoscriverlo tanto da non aver mai diffidato la controparte a formalizzarlo o a sottoscriverlo.

Viene, infine, riproposta l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo poiché si tratterebbe di una controversia sui canoni.

5. Il Comune di Adelfia si è costituito in giudizio, eccependo preliminarmente la nullità dell'atto di appello per carenza della *causa petendi* per la scarsa comprensibilità delle ragioni in fatto e in diritto su cui poggia la domanda di riforma della sentenza; nel merito, oltre a ribadire la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, ha concluso per il rigetto dell'appello.

6. Si può prescindere dall'affrontare l'eccezione avanzata dal Comune perché l'appello non è fondato.

7. Va innanzitutto affrontata la censura che contesta al giudice di prime cure di aver statuito nel merito in presenza di un contenzioso su cui non aveva giurisdizione.

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in *subiecta materia* è sancita dall'art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a. che si riferisce all'ambito delle concessioni amministrative escludendo solo le controversie che si occupino di canoni. Orbene, nel caso in esame, non siamo di fronte ad una controversia di natura patrimoniale, ma relativa al titolo su cui fondare il rapporto concessorio. Dopo aver scelto il socio privato, con cui costituire la società che doveva gestire la farmacia opzionata dal Comune con l'esercizio del diritto di prelazione, è evidente che, tra la società incaricata di gestire la farmacia ed il Comune di Adelfia, doveva intervenire un contratto di servizio per regolare tutti gli aspetti connessi alla concessione pubblica.

E' evidente che il rifiuto di sottoscrivere il contratto determina un'impossibilità di far nascere il rapporto di diritto pubblico in modo corretto e determina una gestione di fatto della farmacia, dal momento che la società di gestione ha una prevalente partecipazione del privato determinante nel decidere di non sottoscrivere l'atto; in conclusione siamo di fronte ad una controversia nella quale la giurisdizione del giudice amministrativo è pienamente sussistente.

8. Venendo al merito della vicenda, non si può condividere la contestazione su cui è fondato l'appello e cioè che l'allegato E del bando non contenesse un vero e proprio contratto di servizio cosicché non vi sarebbero i presupposti per applicare l'art. 2932 c.c.

L'allegato E era uno schema generico, inserito nel bando, per far presente a coloro che avrebbero presentato delle offerte, che l'impegno da assumere non era solo quello diversare il prezzo offerto per diventare socio del comune, ma che successivamente si sarebbe dovuto instaurare un rapporto con l'autorità concedente attraverso un contratto di servizio.

Pertanto lo schema serviva solo a dare delle indicazioni di massima poiché i dettagli sarebbero scaturiti dal confronto tra le parti.

Di fronte, però, alla pervicace indisponibilità alla sottoscrizione di un qualunque tipo di contratto di servizio, il Comune è dovuto ricorrere all'unico rimedio giuridico che l'ordinamento gli offre in un caso come questo e cioè la declaratoria dell'esistenza di un obbligo a contrarre. Non vi è stata, infatti, alcuna dichiarazione di decadenza a differenza di quanto affermato dall'appellante.

Orbene, dal momento che lo schema di contratto non era completo il giudice di primo grado non si è potuto limitare ad affermare il diritto del Comune di veder sottoscritto il contratto di servizio, ma ha dovuto investire un organo di garanzia, come il Segretario comunale, per la predisposizione dei contenuti assenti nello schema.

L'obiezione che una simile integrazione non sarebbe possibile utilizzando l'istituto di cui all'art. 2932 c.c., non coglie nel segno perché, in una procedura prevista dal diritto pubblico, è sufficiente accertare che vi era un obbligo della parte di sottoscrivere un contratto di diritto pubblico; il riferimento all'art. 2932 c.c. serve unicamente a connotare la finalità che andava perseguita, senza che questo comporti la verifica della sussistenza di tutti i presupposti che la giurisprudenza civile ha individuato, per poter fare uso dell'istituto.

Non vi è, infine, nessuna indebita applicazione retroattiva del contratto: il giudice di primo grado ha dovuto prendere atto che la farmacia era stata comunque gestita di fatto per molti anni in assenza della regolamentazione inserita nel contratto di servizio; non interessarsi di ciò che era avvenuto prima dell'emanazione della sentenza, avrebbe attribuito un indebito vantaggio agli appellanti premiando la loro condotta *contra ius*.

9. Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna l'appellante a rifondere le spese del presente grado di giudizio che liquida in € 4.000 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Raffaello Sestini, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ugo De Carlo

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO