

REPUBBLICA ITALIANA

N. 7086/06 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 6115 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2005
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6115/2005, proposto da Federfarma - Federazione Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani, in persona del Presidente *pro tempore*, dall'Unione Sindacale delle Associazioni Provinciali fra i titolari di farmacia dell'Emilia Romagna, in persona del Presidente *pro tempore*, dalla Federfarma Parma, Associazione dei titolari di farmacie di Parma e provincia, in persona del Presidente *pro tempore* e dal dott. Alessandro Merli, titolare di farmacia privata in Parma, tutti rappresentati e difesi dall'Avv. Agostino Gambino e dall'Avv. Massimo Luciani ed elettivamente domiciliati presso lo studio del primo in Roma via dei Tre Orologi, n. 14/a

contro

Comune di Parma, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. prof. Adriano Rossi ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Roma, via Brofferio 16;

e nei confronti di

Admenta Italia s.p.a già Gehe Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Renzo Costi, Nicola Alessandri e Costantino Tessarolo ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'ultimo in Roma,

via Cola di Rienzo n. 271;

delle Farmacie di Parma s.p.a, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza 7 marzo 2005, n. 134, del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna sezione di Parma.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Parma e dell'Admenta Italia s.p.a già Gehe Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 17 febbraio 2006, relatore il Consigliere Cesare Lamberti e uditi, altresì, gli avv.ti Ranieri su delega di Gambino, Luciani, Rossi, Alessandri.

FATTO

Gli odierni appellanti, Associazioni a livello nazionale e locale costituite tra i titolari di farmacie e un titolare di farmacia privata in Parma, hanno impugnato in primo grado il bando e gli altri atti relativi alla gara pubblica indetta dal Comune di Parma, ai sensi degli artt. 113 e 116 del D.Lgs. n. 267/2000, per selezionare il socio privato di maggioranza a cui vendere l'80% del capitale sociale della costituenda Farmacie Comunali s.p.a.. Hanno poi chiesto, con motivi aggiunti, l'annullamento dell'aggiudicazione della gara a Gehe Italia s.p.a., ora Admenta

Italia s.p.a.. Nell'atto introduttivo e nei motivi aggiunti, i ricorrenti hanno sostenuto l'illegittimità della privatizzazione delle tre farmacie comunali, non essendo applicabile al servizio pubblico farmaceutico la normativa di cui agli artt. 113 e 116 del D.Lgs. n. 267/2000, nella parte in cui prevede, tra le forme di gestione del servizio pubblico, anche quella attuata a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria. È illegittimo il trasferimento a privati delle farmacie comunali perché in contrasto con la specifica normativa del servizio farmaceutico, caratterizzata, nel settore delle farmacie private, dal necessario frazionamento della titolarità e della gestione delle singole farmacie. Subordinatamente i ricorrenti hanno dedotto il contrasto della cessione con la disciplina vigente che impone ai Comuni di conservarne la titolarità delle farmacie, pur consentendo la costituzione di società di capitali per la gestione. Illegittimamente il bando consente la partecipazione delle sole grandi società di distribuzione farmaceutica, dato l'evidente conflitto del loro interesse a promuovere i prodotti da loro stesse distribuiti con quello pubblicistico ad un'imparziale vendita di tutti i prodotti farmaceutici. Con l'entrata in vigore dell'art. 12, comma 1, della legge n. 498 del 1992 (che ha previsto la partecipazione minoritaria del Comune a società di capitali costituite per la gestione delle farmacie comunali con possibilità anche per soggetti non farmacisti di divenire soci), la

stessa incompatibilità deve ritenersi estesa anche alle farmacie comunali, sebbene prevista per le farmacie private. Con i motivi aggiunti, è stato rilevato che la Corte Costituzionale, con sentenza 24/7/2003 n. 275, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, primo comma lett. a) della legge n. 362 del 1991, nella parte in cui non prevede che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali è incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco. Si sono costituiti in primo grado il Comune di Parma e l'Admenta Italia s.p.a. già Gehe Italia s.p.a. che hanno eccepito, in via preliminare la perenzione del ricorso e dei motivi aggiunti per decorso del termine previsto per la presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza e la tardività del ricorso stesso per ciò che attiene all'impugnazione della delibera del Consiglio Comunale di Parma n. 127/89 del 26/4/2001. Gli intimati hanno poi dedotto, in via pregiudiziale, il difetto di interesse dei singoli farmacisti ricorrenti che non hanno partecipato alla gara e nel merito l'infondatezza dei motivi. Con la sentenza impugnata, il ricorso è stato dichiarato perento in accoglimento delle eccezioni del Comune e della controinteressata, per effetto della tardiva presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza da parte dei ricorrenti. Avverso la sentenza muovono appello i ricorrenti. Nel giudizio si sono costituiti il Comune e l'Admenta Italia s.p.a. già Gehe

Italia s.p.a., ribadendo la fondatezza della perenzione dichiarata in primo grado e chiedendo il rigetto dell'appello.

DIRITTO

1) La sentenza impugnata ha dichiarato perento -per presentazione tardiva dell'istanza di fissazione dell'udienza- il ricorso proposto dalla Federazione Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani, dall'Unione Sindacale delle Associazioni Provinciali fra i titolari di farmacia dell'Emilia Romagna, dalla Federfarma Parma, e da taluni titolari di farmacie private in Parma avverso il bando e gli altri atti relativi alla gara indetta dal Comune di Parma per selezionare il socio privato di maggioranza a cui vendere l'80% del capitale sociale della costituenda Farmacie Comunali s.p.a. ed inammissibili i motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione della gara a Gehe Italia s.p.a. ora Admenta Italia s.p.a.

2) Secondo i primi giudici, l'oggetto della controversia, riguardante la scelta da parte del Comune di Parma del soggetto privato al quale cedere, a titolo oneroso, l'ottanta per cento del capitale sociale della costituenda società per azioni per la gestione delle tre farmacie comunali, implica l'applicazione dell'art. 23-*bis* della legge n. 1034 del 1971, introdotto dall'art. 4 della legge. n. 205 del 2000, che prevede la riduzione alla metà dei termini processuali, salvo quelli per la proposizione del ricorso. Rispetto alla data del 26 ottobre 2001, in cui è avvenuto il deposito del ricorso, la domanda di fissazione

dell'udienza doveva essere depositata od ogni altro atto di procedura doveva essere compiuto entro la data del 10 dicembre 2002, risultante dalla dimidiazione del termine biennale previsto dall'art. 23 della legge n. 1034 del 1971 per presentare l'istanza di fissazione dell'udienza e tenuto conto del periodo di 46 giorni di sospensione feriale (1/8- 15/9/2002). La sentenza impugnata non ha riconosciuto il beneficio dell'errore scusabile, ritenuto che il predetto termine non era fra quelli oggetto dei dubbi risolti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 2 del 2002, se essi rientrassero o meno tra quelli "di proposizione del ricorso" che l'art. 23-*bis* della legge n. 1034 del 1971 espressamente sottrae alla dimidiazione.

3) Nell'atto di appello si afferma che erroneamente la sentenza avrebbe omesso di includere il termine dell'art. 23, comma 1 della legge n. 1034 del 1971, per presentare la domanda di fissazione dell'udienza, fra i termini di proposizione del ricorso, non dimidiati dall'art. 23-*bis* introdotto dalla legge n. 205 del 2000. La conservazione del biennio per la presentazione dell'istanza di fissazione di udienza è conforme all'intento di ampliare l'ambito della tutela, proprio della novella del 2005, evidenziato anche dall'istituto dei motivi aggiunti, alternativi al ricorso, per impugnare gli atti successivi a quello oggetto di controversia. Contrastante con questo intento è la perenzione del processo dopo un anno di inattività. Gli appellanti hanno poi

riaffermato l'incertezza dell'applicazione dell'art. 23-*bis* della legge n. 205 del 2000 alla domanda di fissazione dell'udienza e richiesto la concessione dell'errore scusabile.

4) Gli argomenti non possono essere condivisi.

5) Nella decisione 31 maggio 2002, n. 5, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio ha chiarito che l'art. 23 bis, inserito nella legge n. 1034 del 1971, dall'art. 4 della legge n. 205 del 2000, introduce una speciale disciplina processuale allo scopo di accelerare la definizione delle controversie in determinate materie considerate di particolare interesse pubblico, ponendo la regola generale secondo la quale nei giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa e relativi a tali materie i termini processuali previsti sono ridotti alla metà salvo quelli per la proposizione del ricorso. Nell'ambito di tale disciplina processuale la regola generale del dimidiamento dei termini può essere esclusa solo dalla presenza di una norma specifica derogatoria che, nell'art. 23 bis, concerne il ricorso sia in primo grado che in appello perché il termine "proposizione" dell'art. 23 bis vuole indicare la fase relativa alla manifestazione della volontà di impugnare il provvedimento o la sentenza e cioè la notifica dell'atto, in coerenza con la interpretazione giurisprudenziale formatasi sugli antecedenti storici della disciplina (Cons. Stato, V, 13 aprile 1999, n. 182; Cons. Stato Ad. Plen., 14 febbraio 2001).

6) Rispetto alla proposizione del ricorso (o dell'appello) la

domanda di fissazione dell'udienza si inserisce in una fase processuale diversa e successiva rispetto alla notificazione da cui ha origine il processo e si caratterizza per la sua inerenza alla fase finale del processo costituita dall'udienza di discussione, che, nella normalità dei casi, non può essere fissata d'ufficio ma su istanza di parte, in ossequio al principio dispositivo proprio del processo amministrativo. Negli artt. 51 e 53 del regolamento di procedura di cui al R.D. 17 agosto 1907, n. 642, la determinazione del giorno dell'udienza avviene secondo l'ordine di iscrizione delle domanda di fissazione nell'apposito registro a cura del segretario, che ricevuta la domanda, la presenta "col ricorso, il controricorso, il ricorso incidentale le carte e i documenti" al presidente della sezione, il quale nomina il relatore e assegna il giorno dell'udienza. L'istanza di fissazione rappresenta perciò la manifestazione di volontà delle parti di conseguire la definizione del giudizio e, come tale, deve formare oggetto di un atto a sé stante, diverso dallo stesso atto di ricorso (Cons. Stato, Ad. Plen. 28 settembre 1984, n. 19) a dimostrazione della sua autonomia rispetto all'introduzione del giudizio. Quest'ultima fase, infatti, è propria della sola notificazione del ricorso e si esaurisce con il deposito presso la segreteria ex art. 21 co. 2, della legge n. 1034/1971 (art. 36, T.U. n. 1054/1924) che segna il momento di costituzione del rapporto processuale (Cons. Stato, Ad. Plen. 3 febbraio 1978, n. 3), sottoposto a norme espressive di principi

di ordine pubblico processuale, sottratti, in quanto tali, alla disponibilità delle parti (Cons. Stato, IV, 7 maggio 2001, n. 2558) poiché da tale momento il giudice viene investito del giudizio e sorge in lui il dovere di provvedere sulla domanda e, quindi di pronunciarsi sul rito e sul merito del processo (Cons. Stato, VI, 15 febbraio 1989, n. 134).

7) Per il suo carattere di adempimento da effettuare dopo la costituzione del rapporto processuale, la domanda di fissazione di udienza rimane pertanto assoggettata alla dimidiazione prevista dall'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971 per tutti i termini processuali diversi da quello della notificazione del ricorso. È irrilevante che il legislatore, nel secondo inciso della disposizione in esame, abbia adoperato la parola “termine” al plurale e non al singolare. L'incertezza ingenerata dall'uso del plurale nel comma secondo dell'art. 23 bis e dall'uso del singolare nel successivo settimo comma è stato riferita al deposito del ricorso (non dimidiato secondo Cons. Stato, IV, 18 ottobre 2002, n. 5696) e non alla domanda di fissazione. Anche relativamente al deposito, la stessa Adunanza Plenaria (31 maggio 2002, n. 5) ha, però, confermato la regola della riduzione a metà anche del termine di deposito, interpretando la norma aldilà del tenore letterale e secondo la finalità di definire in maniera sollecita particolari controversie, rispetto alla quale sarebbe in aperto contrasto la possibilità delle parti di differire, ove si accettasse la tesi delle parti appellanti, di un anno in più

la discussione del ricorso.

8) Va anche respinto l'ulteriore profilo di appello per non avere la sentenza impugnata riconosciuto il beneficio dell'errore scusabile. Nella costante giurisprudenza questo Consiglio (*ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2004, n. 5316), la rimessione in termini per errore scusabile è rigidamente legata a specifici presupposti idonei ad ingenerare convincimenti non esatti, consistenti, sotto il profilo oggettivo, nella complessità della fattispecie concreta o nell'equivocità del comportamento dell'amministrazione oppure, sotto l'aspetto soggettivo, nella situazione normativa obiettivamente inconoscibile o confusa, nelle difficoltà di interpretazione del dettato normativo, nei contrasti giurisprudenziali esistenti. Anche in presenza della novità della questione, il Collegio non ravvisa alcuno di questi presupposti. Come già rilevato dalla citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2002, la dimidiazione dei termini nella materia delle aggiudicazioni, affidamento ed esecuzione di lavori e servizi pubblici è stata oggetto di disciplina antecedente alla novella dell'art. 4, della legge n. 205 del 2000. Nell'applicazione dell'art. 19 del decreto legge n. 67 del 1997, l'orientamento costante giurisprudenza (Cons. Stato, V, 24 dicembre 2001, n. 6383; 31 maggio 2002, n. 3043; 6 ottobre 2003, n. 5873; 1 ottobre 2003, n. 5679; 6 luglio 2002, n. 3717; 10 giugno 2002, n. 3207; 2 luglio 2001, n. 3600; IV, 1 febbraio 2001, n. 386) si è sempre manifestato nel senso della

generale riduzione a metà di tutti i termini processuali, ad eccezione del solo termine di proposizione del ricorso introduttivo.

9) Per tutto quanto precede, l'appello va respinto e va confermata la sentenza di primo grado. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello. Condanna i ricorrenti alle spese di giudizio, che liquida nella misura di € 2.000,00 (duemila/00) ciascuno, oltre Iva CAP e spese generali in favore del Comune e di Admenta Italia s.p.a.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 17 febbraio 2006 con l'intervento dei Sigg.ri:

Raffaele Iannotta	Presidente
Raffaele Carboni	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere est.
Aldo Fera	Consigliere
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Cesare Lamberti	f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 1° dicembre 2006

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale