



CONFINDUSTRIA

**Rassegna giurisprudenza  
n. 4/2022**



## **Sommario**

- 1. L'Adunanza plenaria pronuncia su eventuali profili di incompatibilità nella gestione di farmacia da parte di società composta da sanitari.....2**
- 2. Potere discrezionale di porre limitazioni alla circolazione stradale ..... 13**
- 3. Il ricorso contro l'interdittiva e la comunicazione di revoca del Rating di legalità dell'Agcm va proposto dinanzi al Tar territorialmente competente.....18**
- 4. Caro materiali: inadeguato il prezzo del bando dell'autorità portuale del Tirreno....20**

## **1. L'Adunanza plenaria pronuncia su eventuali profili di incompatibilità nella gestione di farmacia da parte di società composta da sanitari**

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 5 del 2022, afferma che la nozione di "esercizio della professione medica", ai sensi dell'art. 7, comma 2, secondo periodo, l. n. 362 del 1991, deve ricevere un'interpretazione funzionale a 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 anche a una casa di cura, società di capitali, 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. Una volta rinvenuto nella fattispecie in esame l'elemento dell'esercizio della professione medica, ne consegue che sussiste l'incompatibilità di cui all'art. 7, comma 2, secondo periodo, nel senso che la casa di cura non può avere partecipazioni in una società titolare della farmacia.

### **Fatto**

La controversia ha ad oggetto una delle originarie quattro farmacie comunali di Ascoli Piceno.

Con delibera del 9 ottobre 2018, il Comune decise di cedere la titolarità di questa (e di un'altra) farmacia mediante pubblico incanto.

Nella gara per il lotto 1, alla quale hanno partecipato tre concorrenti, è risultata migliore offerente una s.r.l., che ha offerto il rialzo maggiore, per complessivi euro 1.220.000,00, divenendone aggiudicataria.

Il bando faceva espresso richiamo, all'art. 5, alle incompatibilità di legge (in specie quelle di cui agli artt. 7 e 8 della l. 362 del 1991), riferendole anche (alla lett. g) ai partecipanti alle società e, nel presentare la propria offerta, la s.r.l. dichiarava che non vi erano cause di incompatibilità ad essa riferibili.

All'aggiudicazione faceva seguito l'autorizzazione al trasferimento della titolarità e all'esercizio dell'attività di farmacia rilasciata dall'Azienda sanitaria delle Marche, in cui si dava conto che l'amministratore unico della s.r.l. non si trovava in situazioni di incompatibilità con riguardo alla partecipazione in società di persone o di capitali titolari di farmacia.

Avverso l'autorizzazione e gli atti di gara presupposti hanno proposto ricorso dapprima la Federazione regionale dei farmacisti privati della regione Marche, la cui impugnazione è stata dichiarata inammissibile dal Tar Marche, e in seguito, inizialmente mediante due ricorsi

straordinari poi trasposti, (con il primo) Federfarma Italia, la Federazione ordine farmacisti italiani e un'altra farmacia, nonché (con il secondo) la Federazione ordine farmacisti italiani, deducendo in entrambi casi la violazione degli artt. 7 ed 8 della l. 362 del 1991, in particolare denunciando la commistione tra l'attività di dispensazione di farmaci e l'attività medica. I ricorrenti hanno dedotto che la s.r.l., avente ad oggetto la prima attività, è controllata al 100% da altra s.r.l., che della prima è socio unico e che, gestendo case di cura e di assistenza, svolgerebbe attività medica. Ulteriori indici di una sostanziale unità tra le due società si ricaverrebbero dal fatto che condividerebbero la medesima sede legale e che la stessa persona riveste la carica di presidente del cda della Casa di cura e di amministratore unico della s.r.l.

Sulla base di questi e di altri elementi, in specie la presenza nel cda della Casa di cura di un medico e tra i suoi soci di un secondo medico, i ricorrenti censuravano come, per un verso, fosse mancata qualunque verifica sulle incompatibilità di legge al momento della gara e, per altro verso, la verifica posta in essere dall'Azienda sanitaria al momento dell'autorizzazione fosse stata incompleta, in quanto condotta solo con riferimento alla s.r.l. e non anche nei confronti della Casa di cura che ne è il socio unico.

Il Tar Marche, riuniti i due ricorsi e disattese una serie di eccezioni processuali, li ha accolti.

Decidendo sull'appello della s.r.l. avverso la sentenza del Tar, la terza sezione, dopo avere accolto la domanda cautelare con l'ordinanza n. 3771 del 2021, con la sentenza non definitiva n. 8634 del 2021, dopo aver respinto una serie di motivi di carattere processuale, esaminando il merito della controversia ha ricostruito il quadro normativo desumibile dagli artt. 7 ed 8 della l. 362 del 1991 e prima ancora dall'art. 102 del r.d. n. 1265 del 1934, con contestuale ordinanza ha rimesso l'esame della causa a questa Adunanza Plenaria.

La Sezione ha sottolineato come tale quadro sia divenuto (più) problematico all'indomani delle ultime modifiche apportate dalla l. 124 del 2017 (legge sulla concorrenza), il cui art. 1, comma 157, lett. b) ha "aperto" la titolarità delle farmacie (private) anche alle società di capitali, ma senza del tutto coordinare la riforma con la precedente normativa sul regime delle incompatibilità, in origine disciplinato con riferimento al modello del farmacista persona fisica (o al più società di persone).

Di qui il dubbio se il tradizionale regime sulle incompatibilità, incentrato sulle nozioni di "gestione della farmacia" e di "esercizio della professione medica", si debba o si possa estendere al socio (che sia persona giuridica) di società di capitali e in quali termini (di compatibilità).

La Sezione remittente ricorda come più in generale la tematica sia stata affrontata dal Consiglio di Stato in sede consultiva con il parere n. 69 del 2018 e dalla già richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 11 del 2020.

Il parere sopra citato per intero il regime delle incompatibilità pensato per le persone fisiche a qualunque socio di società di capitali (titolare di farmacia).

La seconda sentenza della Corte ha effettuato invece una distinzione a seconda che il socio sia mero finanziatore oppure concorra nella gestione della società.

Dando atto di questa divergenza e recuperando taluni concetti fondamentali rilevanti nel diritto commerciale (“direzione e coordinamento”; “amministrazione”; “socio unico”), la Sezione ha rimesso alla Adunanza Plenaria la definizione dei due elementi normativi concernenti la “gestione” della farmacia e l’“esercizio della professione medica” in relazione ai casi in cui la società di capitali titolare di farmacia sia controllata da una società di capitali che svolge un’attività (in tesi) incompatibile (perché esercita la professione medica).

Con riferimento al primo elemento la Sezione prospetta tre possibili soluzioni alternative:

1. una valutazione di tale elemento da condursi ogni volta in concreto, per accertare se il controllo societario ovvero la direzione e coordinamento condizionino davvero l’operato della società controllata;
2. un giudizio di incompatibilità derivante per ciò solo dal controllo societario;
3. un giudizio al contrario di compatibilità, motivato in ragione dell’autonomia dell’organo amministrativo della società controllata.

## **Diritto**

Le questioni sollevate dalla Terza Sezione sottopongono all’esame dell’Adunanza plenaria l’ampio tema concernente le modalità di esercizio dell’attività farmaceutica e il regime di titolarità e di gestione delle farmacie, all’indomani dell’ultima riforma del 2017, già affrontato di recente dal Consiglio di Stato, in occasione del parere della Commissione Speciale n. 69 del 2018.

L’attività di vendita al pubblico di farmaci al dettaglio, che la giurisprudenza costituzionale inquadra nell’ambito dei servizi pubblici di natura economica dati in concessione, costituisce un’attività economica da molto tempo disciplinata e vigilata, soggetta a programmazione a partire dalla “storica” legge n. 468 del 1913, che modificò il regime tardo ottocentesco precedentemente nel segno di una sostanziale libertà nell’apertura e nell’esercizio delle farmacie.

La riforma del 1913, trasposta senza sostanziali modifiche nel testo unico delle leggi sanitarie del 1934, configurava il servizio farmaceutico secondo i crismi di una professione intellettuale “protetta”, riservata esclusivamente ad una persona fisica, il farmacista, che fosse in possesso di specifici requisiti di idoneità e risultasse titolare di un’autorizzazione amministrativa all’apertura e all’esercizio della farmacia, strettamente personale, non cumulabile e, almeno in origine, incedibile ad altri.

In epoca repubblicana la programmazione, effettuata in questo ambito anche in termini quantitativi e numerici, ha assunto i contorni di una vera e propria pianificazione, articolata

su base comunale, attraverso la pianta organica delle farmacie (art. 2 della l. n. 475 del 1968): quale strumento in forza del quale affidare il servizio farmaceutico ai privati laureati in farmacia (art. 9 della l. 475/1968; art. 4 della l. n. 362 del 1991) ovvero ai Comuni (art. 9 della l. 475/1968), secondo un rapporto numerico tra esercizi ed utenti ed assegnando ad ogni farmacia una clientela o un bacino di utenza per così dire virtuale (art. 1 della l. 475/1968).

Il nesso tra contingentamento, programmazione e sottoposizione del farmacista ad una serie di disposizioni imperative, in uno con il richiamo sin da allora all'art. 32 Cost. quale loro fondamento, era evidenziato in una delle prime pronunce della Corte costituzionale (la n. 29 del 1957) la quale ha osservato come "l'organizzazione del servizio farmaceutico, se da un lato ha creato al farmacista concessionario di una farmacia una posizione di privilegio con l'eliminare la concorrenza entro determinati limiti demografici e territoriali; dall'altro, trattandosi di un servizio di pubblica necessità, ha imposto allo stesso farmacista l'obbligo di svolgere la sua attività con l'adempimento delle prescrizioni dalle leggi stabilite per questa particolare professione".

All'indomani dell'istituzione del Servizio sanitario nazionale nel 1978 le farmacie, sia quelle private che quelle comunali, ne sono divenute parte integrante e costituiscono, lo strumento attraverso il quale è erogata l'assistenza farmaceutica alla popolazione, in ragione della loro capillarità e del loro obbligo di erogare i farmaci agli assistiti ed a chiunque intenda acquistarli e di non interrompere lo svolgimento del servizio soggetto ad ampi poteri di vigilanza e di controllo dell'amministrazione.

Sperimentata anche in altri ordinamenti europei (ad esempio in Francia e Spagna) e giustificata ora nella prospettiva di assicurare a ciascuna farmacia una clientela "sufficiente", ora di assicurare (anche, se non piuttosto) ai residenti la reperibilità dei farmaci entro un'area non troppo distante dalla propria abitazione e comunque anche nelle zone più isolate e svantaggiate o meno redditizie, in funzione del diritto alla salute, la programmazione anche mediante il contingentamento numerico è stata oggetto di recenti modifiche apportate dall'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, convertito in legge n. 27 del 2012. Con esse il rapporto tra numero degli esercizi e fattore demografico è stato rimodulato nella direzione di una (parziale "liberalizzazione" e quindi di una) distribuzione più capillare del servizio, attraverso l'apertura di nuove farmacie private da mettere a concorso, sicché la programmazione di turni ed orari è stata allentata, riconoscendo all'iniziativa del singolo farmacista maggiore voce in capitolo.

Alle limitazioni *quantitative* si sono affiancate tradizionalmente limitazioni *soggettive*, nel riservare alla (sola) categoria dei farmacisti la possibilità di esercitare l'attività di distribuzione e vendita al pubblico dei farmaci. La disciplina già ricordata del 1968, se da un lato reintrodusse rispetto alla legislazione "giolittiana" la possibilità a determinate condizioni di trasferire la titolarità della farmacia in deroga alla regola del pubblico concorso, dall'altro accentuò ulteriormente la struttura personalistica dell'attività di gestione della farmacia, disponendo che tale gestione dovesse essere diretta e personale da parte del titolare e

costruendo una sorta di simmetria tra *status* di farmacista, titolarità e gestione dell'esercizio; come confermato dal regime di incompatibilità previsto dall'art. 13 della l. 475/1968 per cui *“il titolare di una farmacia ed il direttore responsabile, non possono ricoprire posti di ruolo nell'amministrazione dello Stato, compresi quelli di assistente e titolare di cattedra universitaria, e di enti locali o comunque pubblici, né esercitare la professione di propagandista di prodotti medicinali. Il dipendente dello Stato o di un ente pubblico, qualora a seguito di pubblico concorso accetti la farmacia assegnatagli, dovrà dimettersi dal precedente impiego e l'autorizzazione alla farmacia sarà rilasciata dopo che sia intervenuto il provvedimento di accettazione delle dimissioni”*.

A questo schema, incentrato sulla figura del farmacista persona fisica al tempo stesso professionista intellettuale, imprenditore e concessionario di pubblico servizio, le successive modifiche realizzate nel 1991 dalla l. n. 362 apportarono inizialmente variazioni molto contenute, affiancando alle persone fisiche le società di persone e le società cooperative a responsabilità limitata ma esigendo che i loro soci fossero farmacisti iscritti all'albo e avessero conseguito l'idoneità in un concorso a sedi farmaceutiche. La dissociazione, ammessa per la prima volta come evenienza non transitoria e non occasionale, tra titolarità e gestione, seppure facesse emergere in superficie l'aspetto imprenditoriale della vicenda, era tuttavia bilanciata dalla configurazione della società come società di soli farmacisti e della sua attività in termini di professione.

Va inoltre rilevato che il riordino del settore farmaceutico realizzato con la legge del 1991 riguardasse anche le farmacie comunali per la cui gestione, attraverso il richiamo alla legge n. 142 del 1990, si ammetteva per la prima volta (anticipando quanto per le farmacie private sarebbe stato consentito invece solamente nel 2017) il modello della società di capitali (mista), di lì a breve eliminando anche il vincolo della partecipazione maggioritaria dell'ente locale.

Variazioni ancora maggiori, sul piano sistematico, sono state introdotte più di recente, con la legge 4 agosto 2017, n. 124, legge annuale per il mercato e la concorrenza, il cui art. 1, comma 157, ha riscritto larga parte dell'art. 7 della l. 362/1991, in primo luogo sostituendone il comma 1 che, nella versione attuale, per effetto della modifica, prevede che: *“Sono titolari dell'esercizio della farmacia privata le persone fisiche, in conformità alle disposizioni vigenti, le società di persone, le società di capitali e le società cooperative a responsabilità limitata”*.

L'apertura alle società di capitali, anche per le farmacie private, si è accompagnata inoltre, sempre nella riforma del 2017, al venir meno ovvero all'abolizione, per tutti i tipi societari, della previsione che in precedenza imponeva che i soci, delle società che gestiscono farmacie, dovessero essere a loro volta farmacisti, come anche alla rimozione del limite delle quattro licenze in capo ad una stessa società, limite sostituito dal divieto, meno pregnante, di controllare una quota superiore al 20 per cento delle farmacie della medesima regione o provincia autonoma ed il cui rispetto è sottoposto ai poteri di indagine, istruttoria e diffida dell'AGCM.

Le società titolari dell'esercizio di farmacie private devono avere questa attività come loro oggetto sociale esclusivo e, quand'anche i soci possano non essere farmacisti, è pur sempre necessario che la direzione della farmacia continui invece ad essere affidata ad un farmacista, anche non socio, che ne è responsabile.

La riforma del 2017 - quale ulteriore e importante dato da sottolineare - ha disciplinato anche il regime delle incompatibilità, novellando l'art. 7, comma 2, secondo periodo, della l. n. 362/1991 e prevedendo che *“la partecipazione alle società di cui al comma 1 (si intendono le società titolari dell'esercizio di farmacie private) è incompatibile con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché con l'esercizio della professione medica. Alle società di cui al comma 1 si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 8”*.

In precedenza, una regola di incompatibilità (solo) parzialmente simile era dettata all'art. 8, comma 1, della medesima legge, prevedendosi che *“la partecipazione alle società di cui all'articolo 7, salvo il caso di cui ai commi 9 e 10 di tale articolo, è incompatibile: a) con qualsiasi altra attività esplicita nel settore della produzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco”*.

La nuova e più ampia previsione, dunque include ora tra le incompatibilità anche *l'esercizio della professione medica* e la cui necessità è originata dalla possibilità, introdotta nel 2017, che i soci non siano più farmacisti, laddove in precedenza (anche dopo il 1991) potevano ritenersi sufficienti i tradizionali divieti posti dal r.d. n. 1256 del 1934 dettati per i farmacisti persone fisiche titolari ovvero esercenti di farmacia. Sono perciò esistenti a ben vedere, in due distinte e separate regole di incompatibilità. La prima, declinata in termini all'apparenza assoluti, definisce la partecipazione (societaria) alle società titolari di farmacie private incompatibile *con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché con l'esercizio della professione medica*; la seconda, declinata in termini in tesi meno assoluti, valorizzando l'inciso *“per quanto compatibili”*, fa rinvio alle disposizioni del successivo art. 8 che definiscono quella medesima partecipazione (societaria) incompatibile, tra le altre cose, *“con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato”*.

La distinzione tra queste due regole di incompatibilità – si ribadisce, preesistenti alla riforma del 2017, in quanto parti integranti della disciplina di settore, e che la riforma del 2017 ha mutuato ed “aggiornato”, riferendole ora ad ogni ipotesi di gestione in forma societaria – può forse spiegare l'apparente distonia tra due pronunce della Corte costituzionale che hanno esaminato questo specifico argomento, che le parti del giudizio richiamano, da prospettive e con finalità differenti, nei loro scritti e che ricevono menzione anche nelle sentenze di primo grado e di appello.

Per un verso, la sentenza, interpretativa di rigetto, n. 11 del 2020, della seconda regola ha dato una lettura evolutiva, in un caso nel quale l'incompatibilità era prospettata tra la partecipazione sociale *tout court* (ad una società di capitali titolare di farmacia privata) e la



titolarità in capo al socio di una docenza universitaria, ed ha ritenuto rilevante una distinzione a seconda che la partecipazione sia in funzione del solo investimento del proprio risparmio o comporti invece anche il concorso (attivo) nella gestione della società.

Per altro verso, la sentenza, interpretativa di accoglimento di tipo additivo, n. 275 del 2003 (della quale non è fatta menzione nella n. 11 del 2020), che si era pronunciata in un caso riguardante una farmacia (non privata ma) comunale affidata ad una società mista il cui socio di maggioranza era una società di capitali già operante nel settore della distribuzione del farmaco, ed ha dichiarato allora l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 della l. n. 362 del 1991 – nella versione vigente *ratione temporis*, prima ricordata - nella parte in cui non prevedeva che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali fosse incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco.

In questa seconda sentenza il ragionamento della Corte fece leva in particolare sul carattere "di divieto generale" dell'art. 102 del r.d. 1265/1934, ribadito negli artt. 144, 170, 171 e 372, nonché nell'art. 13 della l. 475/1968, nel loro insieme (tutti questi divieti e prescrizioni) riassunti e compendati in quello disposto dall' art. 8 della legge 362/1991 che, volto ad evitare eventuali conflitti di interesse che possano ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico, irragionevolmente si riferiva testualmente alle sole farmacie private e non anche a quelle comunali.

Se la sentenza costituzionale del 2020 è fortemente invocata dalla difesa di parte appellante a sostegno delle proprie tesi ed è valorizzata anche dalla Sezione remittente come una possibile chiave interpretativa dei dubbi prospettati con particolare riferimento al tema della "gestione della farmacia", quella del 2003 è richiamata soprattutto dalle difese delle parti appellate, in funzione della riaffermata incompatibilità, e trovava già spazio anche nel parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 2018.

Nella vicenda concretamente all'esame dell'Adunanza Plenaria, la società di capitali è una società unipersonale, controllata, quindi al 100%, da un'altra società sempre di capitali che a sua volta gestisce una casa di cura privata. È sorta dunque la questione se ricorra la situazione di incompatibilità di cui all'art. 7, comma 2, secondo periodo, della l. 362/1991, sussistendo i due elementi, da un lato, della partecipazione a (e l'essere socio di) una società di capitali titolare dell'esercizio della farmacia privata e, dall'altro, dell'esercizio da parte di quel medesimo socio (unico) della professione medica.

Il secondo dato ancora più peculiare, nella vicenda in esame, è costituito dal fatto che il socio in questione, che partecipa al capitale della società titolare di farmacia, non è una persona fisica ma una persona giuridica, una società a responsabilità limitata, il che pone l'ulteriore questione se un soggetto di questo tipo, avente personalità giuridica, possa considerarsi esercitare la professione medica.

Approfondendo l'analisi a partire dall'elemento dell'esercizio della professione medica, secondo la tesi di parte appellante una persona giuridica non potrebbe (dirsi) esercitare

simile professione, non solo sul piano naturalistico ma anche su quello normativo, il che troverebbe conferma nelle disposizioni della legge n. 1815 del 1939, che a lungo hanno vietato lo svolgimento delle professioni protette nella forma della società commerciale. Né potrebbero rilevare le prestazioni mediche erogate dalla casa di cura, dal momento che tali prestazioni si inquadrano nel (e sono parte del) contratto atipico di ospitalità che avrebbe un oggetto assai più ampio ed articolato, ricomprendendo le attività anche infermieristiche, di somministrazione vitto ed alloggio.

I due argomenti, quello per così dire naturalistico e quello normativo, approfonditi distintamente dalle parti appellate nelle loro difese, si rivelano non persuasivi e, utilizzati insieme, finiscono per indebolirsi a vicenda, piuttosto che per rafforzarsi.

Il primo di essi parrebbe riprendere l'idea tardo ottocentesca della persona giuridica come una finzione, di una persona che non esiste davvero nella realtà ma è soltanto immaginaria, e di cui, a quei tempi, si negava ad esempio che fosse "capace" di commettere fatti illeciti. Da allora, come noto, molte sono state le teorie elaborate sulla soggettività delle persone giuridiche (teorie organicistiche, riduzionistiche, etc.), fino ad evidenziarne la dimensione e la sostanza normativa, il suo essere essenzialmente un espediente linguistico, e più non si dubita circa l'applicabilità agli enti, secondo un approccio realistico e tenendo presente lo scopo perseguito dal legislatore, di norme che hanno testualmente come destinatari i soli individui.

Il secondo argomento è contraddetto sia dall'abolizione, in anni più recenti, del divieto un tempo posto dalla legge del 1939, che dallo stesso carattere composito del contratto atipico di ospitalità privata il quale, nella sua complessità, ricomprende pur sempre, in posizione preminente l'effettuazione di cure mediche da parte della struttura sanitaria, non di rado anche in regime ambulatoriale.

Il punto cruciale attiene al rapporto tra la clinica privata e i medici che in essa (e per essa) svolgono la loro attività. Per quanto indubbiamente peculiare, in ragione della autonomia e libertà di cura del medico anche alla luce delle regole deontologiche di tale professione, tale rapporto vede pur sempre rispondere la struttura a titolo contrattuale per il comportamento dei medici della cui collaborazione si avvale per l'adempimento della propria obbligazione, ancorché possano non essere suoi dipendenti, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costoro effettuata e l'organizzazione aziendale della casa di cura, il che giustifica l'applicazione della regola posta dall'art. 1228 c.c.

L'insieme di queste considerazioni debbono quindi condurre a ritenere che anche una persona giuridica, in particolare una clinica privata, possa considerarsi 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.

Non si tratta di dare corso ad interpretazioni estensive o analogiche di cause o regole escludenti tassative, quanto, piuttosto, di privilegiare un'interpretazione funzionale e sistematica, coerente con la *ratio* ispiratrice della veduta regola di incompatibilità che mira

ad evitare commistioni di interessi “tra medici che prescrivono medicine e farmacisti interessati alla vendita, in un’ottica di tutela del diritto alla salute di rango costituzionale”.

La *ratio*, quella originaria, riconosciuta anche da Corte cost. n. 275/2003 – è quella di “evitare eventuali conflitti di interesse, che possano ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico e, quindi, sul diritto alla salute”. Ciò è dimostrato anche dalle disposizioni penali che ancora puniscono il cd. reato di comparaggio, ossia l’accordo tra medici e farmacisti volti ad agevolare la diffusione di specialità medicinali o di altri prodotti ad uso farmaceutico, come anche dalle previsioni del codice deontologico medico.

Oltre a questa prima ragione, più tradizionale ma sempre attuale, si possono rinvenire ulteriori ragioni ispiratrici, che giustificano e rafforzano il permanere, nella nuova dimensione economico-finanziaria delle farmacie, del divieto di commistione tra attività farmaceutica ed esercizio della professione medica, legate, per un verso, alla tutela della concorrenza e, per altro verso, al contenimento del consumo farmaceutico e della spesa sanitaria.

Sul primo versante, il consentire ad una casa di cura, che offre prestazioni mediche composite e nel cui ambito si prescrivono medicinali, di partecipare ad una società che ha la titolarità di una farmacia e che come tale dispensa e rivende medicinali previa prescrizione medica, finirebbe per rendere possibile una integrazione verticale di beni ed attività con una potenziale confusione di ruoli tra domanda ed offerta, passibile di determinare privilegi ed abusi di posizione, oltre che conflitti di interesse.

Sul secondo versante, il rischio è che la commistione tra le due attività in capo al medesimo centro decisionale possa determinare un esubero nel consumo farmaceutico, con evidenti riflessi anche sulla spesa pubblica.

Una volta rinvenuto nella fattispecie in esame l’elemento dell’esercizio della professione medica, ne consegue che sussiste l’incompatibilità di cui all’art. 7, comma 2, secondo periodo, nel senso che la casa di cura non può avere partecipazioni in una società titolare dell’esercizio della farmacia. Non può avere alcuna partecipazione, ovvero non può esserne socio in nessun modo, senza che occorra distinguere in ragione della natura e della incidenza della singola partecipazione, essendo la disposizione di legge sufficientemente chiara nel legare questa incompatibilità alla partecipazione in quanto tale, nella misura in cui ad essa si correla comunque la prospettiva di ricavarne degli utili.

Diversa può essere la conclusione, sulla scorta di Corte cost. n. 11 del 2020, al cospetto di incompatibilità differenti, segnatamente quella di essere il socio titolare di rapporti di lavoro pubblico o privato, rispetto a cui si può valorizzare la formula “per quanto compatibili” impiegata all’art. 7, comma 2, terzo periodo, senza della quale un’interpretazione rigorosamente letterale finirebbe per consentire la partecipazione solo (o quasi) a studenti, disoccupati o pensionati.

Nella soluzione del caso di specie, invece, non sarebbe a rigore necessario stabilire a quali condizioni la società controllante possa dirsi coinvolta, per il tramite della controllata, nella “gestione della farmacia”.

Tanto più che è evidente come il caso in esame coincida con il massimo del controllo societario ipotizzabile, avendo la casa di cura il controllo totalitario (ovvero il 100% del capitale) della società titolare della farmacia, essendo la prima unico socio della seconda. Si è quindi al cospetto di un fenomeno di riduzione della compagine sociale ad un solo soggetto “sovrano” che ne determina o comunque ne condiziona, attraverso l’organo amministrativo che egli nomina (e revoca), tutte le principali scelte. Un fenomeno così forte da rendere in questo caso non necessario il richiamo alla categoria dei gruppi di società e all’attività di direzione e coordinamento, concetti non del tutto coincidenti ma nella pratica ricavabili a partire dalla nozione di controllo, interno od esterno, di cui all’art. 2359 c.c.

Il carattere totalitario del controllo ravvisabile nel caso di specie fa passare in secondo piano anche ulteriori elementi, comunque rilevanti, quali l’identità soggettiva tra il legale rappresentante dell’una e dell’altra società, e la presenza, tra i soci della casa di cura e anche all’interno del suo consiglio di amministrazione, di medici (almeno) teoricamente in grado di esercitare la professione.

Differentemente, in assenza di una società unipersonale e quindi di una partecipazione totalitaria, (ma sempre ragionando in relazione ad un diverso tipo di incompatibilità) dovrebbe assumere rilevanza una partecipazione che comunque permetta di concorrere nella gestione della farmacia, nel senso di influenzarne le scelte aziendali. Non rileverebbe quindi qualunque partecipazione sociale ma quella che possa dare al socio il controllo della società, nei modi gradatamente indicati dal citato art. 2359 e in presenza dei quali, come si è già osservato, opera la presunzione di direzione e coordinamento. Soccorrono le regole e gli istituti propri del diritto societario, nell’elaborazione offertane in primo luogo dalla giurisprudenza civile. Non è possibile offrire in questa sede soluzioni all’insegna dell’automatismo, apparendo imprescindibile la valutazione del singolo caso rimessa al prudente apprezzamento dell’amministrazione cui non a caso va comunicato, a norma dell’art. 8, comma 2, della l. 362/1991, lo statuto della società titolare della farmacia e “ogni successiva variazione, ivi incluse quelle relative alla compagine sociale”.

Le considerazioni sin qui svolte, in particolare i motivati richiami alla giurisprudenza eurounitaria e a quella costituzionale, inducono l’Adunanza a non accogliere le richieste incrociate di rimessione alla Corte di giustizia e alla Corte costituzionale provenienti dalle difese di talune delle parti del giudizio, a sostegno delle loro tesi contrapposte.

Sulla base di tutto quanto sinora considerato, l’Adunanza Plenaria formula i seguenti principi di diritto sulle questioni ad essa deferite ai sensi dell’art. 99, comma 1, c.p.a.:

- la nozione di “esercizio della professione medica”, ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 7, comma 2, secondo periodo, della l. 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.

Da quanto sinora considerato consegue che, nel caso di specie, è infondato il terzo motivo dell’appello della s.r.l. il che comporta, richiamata la sentenza parziale della sezione remittente con la quale sono stati già respinti i motivi primo, secondo e quarto, l’integrale reiezione del ricorso in appello e la conferma della sentenza di primo grado di annullamento degli atti impugnati.

L’annullamento, esteso anche agli atti di aggiudicazione e di approvazione dell’asta pubblica per la cessione della titolarità, comporta quale naturale effetto ripristinatorio il venir meno retroattivamente dell’alienazione intercorsa tra la parte appellante ed il Comune, con tutte le conseguenze civilistiche che ne discendono, rammentando che eventuali controversie sul punto sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario. In aggiunta a tale effetto, il Comune valuterà se e come riesercitare il proprio potere di disporre della farmacia in questione, se in ragione del tempo trascorso ciò possa avvenire nell’ambito del medesimo procedimento di gara, qualora ve ne fossero ancora le condizioni.

## 2. Potere discrezionale di porre limitazioni alla circolazione stradale

Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2599 del 2022, ha stabilito che i provvedimenti limitativi della circolazione stradale sono espressione di scelte ampiamente discrezionali, non sindacabili in sede giurisdizionale se non per manifesta illogicità o irragionevolezza. In particolare, si è chiarito che la regolamentazione del traffico è una disciplina funzionale alla pluralità degli interessi pubblici meritevoli di tutela e a diverse esigenze, sempre che queste rispondano a criteri di ragionevolezza il cui sindacato va compiuto dal giudice amministrativo, in ossequio al principio di separazione dei poteri e alla tassatività dei casi di giurisdizione di merito. La limitazione della libertà di circolazione (e di riflesso anche di iniziative economiche) è stata, quindi, ritenuta giustificata quando derivi dall'esigenza di tutela rafforzata di patrimoni ambientali, specie di rilievo mondiale o nazionale (alla luce del valore primario che la Costituzione riconosce all'ambiente, al paesaggio, alla salute).

### Fatto e diritto

È giunto al Consiglio di Stato un appello che riguarda misure di limitazione del traffico per migliorare la circolazione sulla strada che porta al lago di Braies, che ha un particolare sovraffollamento turistico. Tale impatto sul traffico e sulla circolazione dei mezzi e delle persone, che vede la strada d'accesso al lago stabilmente occupata da mezzi incolonnati per ore in entrambe le direzioni, impedendo anche ai mezzi del trasporto pubblico di garantire un regolare servizio, comporta anche che in caso di necessità, né le ambulanze dei soccorritori sanitari né i mezzi dei vigili del fuoco riescono ad arrivare tempestivamente sul luogo dell'intervento.

Il Comune di Braies affidava nel 2017 ad un professionista l'incarico per l'elaborazione di uno studio per poter approvare un nuovo piano del traffico. Le risultanze di tale lavoro portavano l'ente locale a chiedere alla Provincia Autonoma di Bolzano di chiudere temporaneamente la S.P. 47 dalle ore 11 alle ore 13 in caso di esaurimento dei posti adibiti a parcheggio a tutti i veicoli (ad eccezione di quelli relativi a persone disabili, mezzi di soccorso, ospiti delle strutture alberghiere, personale, frontisti, fornitori per attività di carico e scarico nonché veicoli agricoli).

Con ordinanza, la Provincia Autonoma di Bolzano-Alto Adige, accogliendo tale richiesta comunale, disponeva – in caso di esaurimento dei posti adibiti a parcheggio – la chiusura del tratto stradale ai veicoli, con alcune eccezioni (mezzi di soccorso e di pubblica sicurezza; veicoli per il trasporto di soggetti portatori di handicap; taxi; ecc.).

Questa procedura veniva reiterata, però con modificazioni, anche per l'anno 2018, la relativa ordinanza disponeva la chiusura della S.P. 47 a partire dal km 2+650 (invece che dal km 6+500), confermando per il resto l'ordinanza precedente.

In preparazione della stagione estiva 2019 il Comune di Braies decideva, rendendo partecipi anche rappresentanti di diverse associazioni di categoria e la cittadinanza stessa, di affidare ad un gruppo di lavoro, il compito di analizzare i risultati ottenuti e deliberare misure migliori e più efficaci; anche la Provincia scelse una simile strategia partecipativa. I lavori di tali consessi concludevano a confermare la chiusura della strada nei mesi di maggior affollamento, modificando alcuni elementi già decisi precedentemente, e venivano fatti propri dalla Giunta comunale che con delibera approvava tali misure per l'organizzazione del traffico nel Comune di Braies per l'anno 2019. Il Sindaco notiziava tale volontà dell'amministrazione locale alla Provincia, che adottava l'ordinanza presidenziale, disponendo la chiusura della S.P. 47 "Braies" a partire dal km 2+800.

Dalla cronologia di tali atti emerge che l'accesso al lago veniva quindi gradualmente ampliato, in quanto gli ospiti con una prenotazione confermata in strutture recettive o ristorative e situate all'interno delle tratte chiuse al traffico potevano accedere con il proprio mezzo ed in quanto veniva anche potenziato il trasporto pubblico.

Un individuo, titolare di un agriturismo vicino al lago di Braies nonché gestore di un parcheggio pubblico sul lago riteneva questi atti lesivi dei suoi interessi economici ed impugnava l'ordinanza della Provincia e gli atti comunali propedeutici davanti al TRGA di Bolzano, chiedendo il loro annullamento ed il risarcimento dei danni patiti.

La Provincia di Bolzano ed il Comune di Braies si costituivano in giudizio, contestando il ricorso ed insistendo per la sua reiezione in quanto irricevibile, inammissibile ed infondato. Il TRGA di Bolzano ha respinto il ricorso ritenendo gli atti legittimi e privi di censure. Avverso tale sentenza si è proposto appello.

### **Sull'idoneità del provvedimento**

Le limitazioni della circolazione venivano adottate dalla Provincia in qualità di ente proprietaria della strada, con ordinanza motivata ai sensi del Codice della strada e resa nota al pubblico mediante i prescritti segnali, potendo disporre in base a tale normativa, per il tempo necessario, la sospensione della circolazione di tutte o di alcune categorie di utenti per motivi di incolumità pubblica ovvero per urgenti e improrogabili motivi attinenti alla tutela del patrimonio stradale o ad esigenze di carattere tecnico, compresi gli obblighi, divieti e limitazioni di carattere temporaneo per ciascuna strada o tratto di essa, o per determinate categorie di utenti, in relazione alle esigenze della circolazione o alle caratteristiche strutturali della strada. Questo anche di fronte al chiaro obbligo da parte dell'ente proprietario di garantire la sicurezza e la fluidità della circolazione (art. art. 6, comma 4, lett. a) e b) del d.lgs. n. 285/1992). L'ordinanza che, in un determinato periodo di criticità di

traffico, limita la circolazione, sebbene reiterata negli anni (ma con le necessarie modifiche, che sono l'evidenza reale dell'istruttoria), non è evitabile in base a valide alternative, che neppure l'appellante riesce ad evidenziare. Al contrario di quanto affermato dall'appellante, l'ordinanza impugnata non risulta *ab origine* incerta e neanche il risultato di provvedimenti semplicemente reiterati nel tempo. Le amministrazioni rinnovano annualmente numerosi incontri con associazioni di categoria e cittadinanza (attraverso assemblee civiche) al fine di aggiornare soluzioni possibili ed adeguate per regolare l'affluenza turistica al lago di Braies. Inoltre, le analisi e studi di esperti esterni sulla viabilità hanno di anno in anno portato a misure sempre più consone alla situazione eccezionale di traffico nella Valle di Braies, con ciò confermando la variabilità delle esigenze alle quali si fa fronte.

### **Sulla discrezionalità di tale azione amministrativa ed il sindacato giurisdizionale**

La giurisprudenza amministrativa è apparsa univoca nel considerare i provvedimenti limitativi della circolazione stradale come espressioni di scelte ampiamente discrezionali, non sindacabili in sede giurisdizionale se non per manifesta illogicità o irragionevolezza. La regolamentazione del traffico è una disciplina funzionale alla pluralità degli interessi pubblici meritevoli di tutela ed alle diverse esigenze, e sempre che queste rispondano a criteri di ragionevolezza il cui sindacato va compiuto dal giudice amministrativo, in ossequio al principio di separazione dei poteri ed alla tassatività dei casi di giurisdizione di merito, *ab externo* nei limiti della abnormità. La limitazione della libertà di circolazione (e di riflesso anche di iniziative economiche) è stata, quindi, ritenuta giustificata quando derivi dall'esigenza di tutela rafforzata di patrimoni ambientali, specie di rilievo mondiale o nazionale (alla luce del valore primario ed assoluto che Costituzione riconosce all'ambiente, al paesaggio, alla salute). Se, quindi, in tale ambito i provvedimenti limitativi della circolazione devono necessariamente armonizzarsi al sovraordinato piano generale del traffico, questo non può escludere o limitare totalmente le valutazioni dell'organo amministrativo rispetto alle concrete esigenze di tutela perseguite, purché gli obiettivi siano in linea con quanto posto dal piano del traffico.

### **Sulla ponderazione degli interessi sottesi ad eventuali limitazioni della circolazione**

Il TRGA non ha neanche potuto evidenziare alcuna illogicità o irragionevolezza su tale profilo. A sostegno di tale deduzione, dalla documentazione versata in giudizio si rilevano i seguenti elementi:

- d'estate risultano in media più di 2.500 veicoli che quotidianamente non riescono a trovare parcheggio nelle aree dedicate, costretti ad essere bloccati nel traffico per ore prima di riuscire ad effettuare un'inversione e poter tornare a valle;



- i turisti parcheggiavano le loro autovetture sulla banchina, ed essendo la strada di larghezza limitata, limitata è pure la banchina, risultando quindi un'alternativa pericolosa;
- la S.P. 47 potrebbe essere considerata come un "vicolo cieco", non essendo collegata con valichi, confini di Stato o altre strade, quando si arriva al lago, l'unica possibilità è quella di tornare indietro;
- i valori tutelati sono quindi chiaramente l'incolumità pubblica e la sicurezza stradale, considerando inoltre che la situazione impedisce una regolare gestione del servizio di trasporto pubblico, delle ambulanze sanitarie e dei vigili del fuoco.

### **Sul difetto di istruttoria**

L'appellante non offre valide ragioni per poter confutare la statuizione del TRGA che invece ha ritenuto che le amministrazioni pubbliche hanno adempiuto al loro dovere di una congrua ed adeguata istruttoria. Risulta una copiosa attività di misurazione, ponderazione e valutazione, affidato a due gruppi di lavoro, appositamente dedicati a tale incombenza, con il supporto tecnico di esperti esterni all'amministrazione. La doglianza non è supportata da alcun principio di prova e quindi generica; al contrario, si può rilevare la corretta osservazione del primo giudice quando ha accertato che *"L'attuazione del piano di viabilità ed i suoi effetti venivano verificati annualmente"*.

### **Sulla mancata motivazione in merito ad alternative ed il bilanciamento degli interessi**

Inconferente risulta la critica sull'insufficiente considerazione di alternative. I punti rilevanti possono essere così riassunti. Per quanto riguarda la mancata considerazione del parcheggio P2 come valida misura di mitigazione del traffico, le amministrazioni appellate deducono che esso si riempiva, talvolta anche oltre il limite consentito, già alle ore 10 mattina, rilevandosi quindi come non sufficiente.

Anche sulle altre misure strutturali adottate dalla pubblica amministrazione (costruzioni di 3 rotatorie e di un parcheggio) va rilevato che, pur migliorando la circolazione del traffico, la Provincia ha puntualmente motivato che non si erano rivelate sufficienti a scongiurare il concreto pericolo di incolonnamento, a causa del sempre crescente numero dei visitatori.

Sugli accorgimenti al fine di garantire l'accesso alla S.P. 47 per veicoli di ospiti con prenotazione confermata in albergo o ristorante, il TRGA ha ritenuto che attraverso l'adozione di siffatte misure venissero correttamente bilanciati gli interessi pubblici e quelli privati, neanche una violazione della parità di trattamento (l'ordinanza presidenziale non impediva a nessuno il raggiungimento di strutture alberghiere e ricettive) e tale valutazione è condivisa dal Collegio.

Il divieto di transito lungo la S.P. 47 in ipotesi di esaurimento dei parcheggi a disposizione, adottato nel 2017, nonostante i controlli, non si è rivelato in grado di evitare gli incolonnamenti. Anche l'efficacia della modifica degli orari o delle categorie di veicoli erano puntualmente analizzate dagli esperti incaricati e non si rilevavano sufficientemente adeguate ad evitare le problematiche del traffico.

I dati e le esperienze raccolte negli anni rilevati nell'istruttoria hanno evidenziato piuttosto un numero di veicoli diretti verso il lago di gran lunga superiore alla disponibilità di parcheggio ivi disponibile. Le tre rotatorie installate nel corso degli anni, sicuramente utili per l'inversione di marcia dei veicoli in diversi punti nevralgici non risultavano però sufficienti al fine di eliminare l'ingorgo che l'affluenza dei veicoli causa (di fronte a 700 parcheggi disponibili l'affluenza giornaliera di oltre 3.500 è oggettivamente problematica).

L'ordinanza consentiva il transito di una serie di veicoli, profilandosi quindi non come divieto assoluto, bensì un contingentamento del traffico veicolare per determinate tipologie di mezzi di trasporto, riferito ad un periodo circoscritto e per determinate fasce orarie. Non si riesce quindi a seguire l'appellante quando invoca il mancato bilanciamento degli interessi e la ponderazione di punti importanti da valutare. Tanto più che risulta il potenziamento del servizio di trasporto pubblico, fornendo ai turisti un'alternativa per l'accesso al lago.

### **Sullo sviamento del potere**

L'appellante non può essere seguito neanche quando sostiene che il vero obiettivo non sarebbe quello della effettiva valutazione della situazione quanto, invece, quello della definitiva chiusura al traffico veicolare dell'intera valle, denunciando quindi il vizio di sviamento del potere esercitato. Sul punto il TRGA aveva riconosciuto *“inconferenti le affermazioni del ricorrente, quando sostiene che il piano del traffico elaborato dalla società Bergmeister, non perseguirebbe la finalità di risolvere il problema del grande traffico, bensì avrebbe come scopo quello di creare nel comune di Braies una zona protetta e senza traffico. Non si può certo far credere che l'ordinanza di chiusura al traffico, emessa per affrontare una oggettiva situazione di emergenza dovuta al traffico estivo, sia invece un'anticipazione di quello scopo”*. Tale assunto, corretto e logico nel pensiero e nella conclusione, non è stato confutato dall'appellante, che non ha fornito dati utili a supportare un argomento contrario.

### **Sulla domanda di risarcimento del danno**

Anche qui si deve rilevare che, dopo lo scrutinio negativo delle doglianze sulla illegittimità dei provvedimenti gravati, questo porta inevitabilmente a ritenere infondata la domanda risarcitoria, mancando il requisito dell'ingiustizia del danno, né si può ravvisare l'elemento soggettivo di una colpa in capo alle amministrazioni appellate, elemento che non è nemmeno provato o allegato in alcun modo.

### **3. Il ricorso contro l'interdittiva e la comunicazione di revoca del Rating di legalità dell'AGCM va proposto dinanzi al Tar territorialmente competente**

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 1890 del 2022, ha stabilito che in caso di impugnazione con l'atto introduttivo del giudizio dell'interdittiva antimafia, e con atto di motivi aggiunti, del provvedimento con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comunica la revoca del rating di legalità ex artt. 6, comma 4, e 7, comma 2, del Regolamento dell'AGCM stessa, la controversia debba essere decisa dal TAR territorialmente competente e non dal TAR Lazio, funzionalmente competente a decidere sugli atti dell'AGCM. Ciò sia in forza dell'applicazione della regola posta dall'art. 13, comma 4-bis, del Codice del processo amministrativo; sia perché ricorre l'esigenza di evitare una pluralità di giudicati sulla legittimità del medesimo provvedimento prefettizio.

#### **Fatto e diritto**

L'appellante ha impugnato l'ordinanza del TAR della Campania, sede di Napoli, che, in accoglimento della domanda cautelare proposta con il ricorso per motivi aggiunti di primo grado ha sospeso l'efficacia del provvedimento dell'AGCM, recante la comunicazione di revoca del Rating di legalità ai sensi degli articoli 6, comma 4, e 7, comma 2, del Regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato con delibera (adottata in conseguenza del provvedimento della Prefettura di Caserta di diniego di iscrizione negli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa).

Il Consiglio di Stato rileva, in primo luogo, che, poiché il ricorso in appello contesta la competenza territoriale del TAR Campania, è preliminare rispetto a qualsiasi pronuncia sulla domanda cautelare la deliberazione di tale mezzo, in forza del combinato disposto degli articoli 15, comma 2, e 62, comma 4, cod. proc. amm.

Ritiene in proposito che, ad una cognizione sommaria, propria della fase cautelare, il motivo articolato dall'AGCM non appare assistito da apprezzabili profili di fondatezza, sia in forza dell'applicazione alla fattispecie dedotta della regola posta dall'art. 13, comma 4-bis, cod. proc. amm; sia perché, anche in considerazione della motivazione del provvedimento dell'Autorità e delle censure contro di essa rivolte con i motivi articolati nel primo ricorso per motivi aggiunti (nelle quali si deduce l'invalidità derivata di tale provvedimento per vizi che esso in tesi ripete dal provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo), ricorre la stessa esigenza di evitare una pluralità di giudicati sulla legittimità del medesimo provvedimento prefettizio, già valorizzata dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sicché appare legittima l'estensione - da parte del primo giudice - di tale indirizzo alla fattispecie dedotta, e la conseguente affermazione della necessità della prevalenza della competenza territoriale su quella funzionale.

Il Consiglio di Stato rileva anche che la parte appellata ha documentato in giudizio che il provvedimento oggetto della pronuncia cautelare è stato sostituito da un nuovo provvedimento dell'AGCM, a sua volta impugnato in primo grado con un secondo ricorso per motivi aggiunti.

Inoltre, ritiene che dal quadro fattuale discenda l'improcedibilità del gravame per difetto dell'interesse cautelare, dal momento che il rapporto è in atto retto da un nuovo provvedimento dell'Autorità avente il medesimo contenuto di quello sospeso, onde la domanda cautelare deve essere dichiarata improcedibile.

Dunque, il Consiglio di Stato rigetta in parte l'appello e in parte lo dichiara improcedibile.

#### 4. Caro materiali: inadeguato il prezzo del bando dell'autorità portuale del Tirreno

Il TAR Lazio, con decreto presidenziale del 15 aprile 2022, ha sospeso la procedura di gara per l'affidamento dei lavori relativi al "Primo stralcio del primo lotto funzionale del Nuovo Porto Commerciale di Fiumicino", indetta il 23 marzo dall'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centro-Settentrionale, e ha rinviato al 4 maggio prossimo per la trattazione della causa. In particolare, il giudice amministrativo, riconosciuta a una prima delibazione la fondatezza delle censure, nonché le ragioni di estrema urgenza che giustificano l'adozione della misura cautelare, ha ribadito che il principio secondo cui nelle gare pubbliche la base d'asta, pur se non debba rispecchiare necessariamente i prezzi medi di mercato, non può essere fissata in modo arbitrario, con conseguente alterazione della concorrenza.

#### Fatto e diritto

Il Presidente del TAR Lazio ha pronunciato un decreto sul ricorso NRG 4262/2022, proposto dall'Associazione nazionale costruttori edili – ANCE e da una serie di altri soggetti contro l'Autorità di Sistema portuale del mar Tirreno centro-settentrionale, non costituito in giudizio, per l'annullamento degli atti e provvedimenti relativi alla gara indetta dall'Autorità intimata per l'affidamento dei lavori previsti nell'intervento denominato "Primo stralcio del primo lotto funzionale del Nuovo Porto Commerciale di Fiumicino – darsena pescherecci e viabilità di accesso al cantiere - prima Fase".

Il decreto è stato pronunciato con specifico ma non esaustivo riferimento a:

- decreto n. 93 del 22 marzo 2022 (delibera a contrarre) con cui il Presidente dell'Autorità intimata ha approvato il progetto esecutivo validato dell'intervento, il quadro economico di spesa, il disciplinare di gara, nonché autorizzato il RUP all'avvio della procedura aperta dei lavori relativi alla I Fase;
- il verbale di verifica e validazione del progetto stesso e dei relativi allegati del 4 marzo 2022;
- il bando ed il disciplinare di gara, pubblicati il 25 marzo 2022, nella parte in cui hanno stimato il valore dell'intervento nell'incongruo ammontare di circa 43 milioni di euro;
- il progetto esecutivo, con tutti i relativi allegati e, soprattutto, gli elaborati economici;
- nonché d'ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente, anche se adesso non noto, inclusa l'aggiudicazione provvisoria e/o definitiva della gara qualora nelle more intervenuta.

Il Presidente del TAR ritiene sia necessario considerare che, a una prima sommaria delibazione, va ribadito il principio, secondo cui nelle gare pubbliche la base d'asta, pur se

non debba rispecchiare necessariamente i prezzi medi di mercato, non può esser fissata in modo arbitrario con conseguente alterazione della concorrenza.

Pertanto, ritiene che la determinazione del prezzo a base di gara non possa prescindere da una seria verifica, soprattutto nelle congiunture economiche sfavorevoli, della reale congruità rispetto alle prestazioni e ai costi per l'esecuzione dell'appalto.

Si consideri, infatti, che i concorrenti devono esser in grado di presentare una proposta concreta e realistica. Pertanto, l'analisi preliminare dei dati di mercato, propedeutica alla fissazione dei prezzi, è in sé funzionale all'individuazione dei corretti parametri di gara, garantisce la trasparenza ed evita *a priori* l'abuso di discrezionalità tecnica, senza la necessità di interventi giudiziari in corso di gara, quando non dopo l'aggiudicazione.

Accoglie dunque l'istanza cautelare provvisoria e fissa per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 4 maggio 2022.