

Pubblicato il 21/03/2019

N. 00266/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00846/2018 REG.RIC.



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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 846 del 2018, proposto da
FARMACIA GALASSI DI GALASSI DR. FERRUCCIO & C. SNC,
rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Bezzi, con domicilio digitale come
da PEC dei Registri di Giustizia, e domicilio fisico presso il suddetto legale in
Brescia, via Diaz 13/C;

contro

COMUNE DI REMEDELLO, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro
Asaro, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia, e
domicilio fisico presso il suddetto legale in Brescia, via Moretto 31;

nei confronti

MOLECO FARMACEUTICI SRL, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- dell'avviso esplorativo per manifestazione di interesse, pubblicato all'albo
pretorio *online* dal 27 aprile 2018 al 15 giugno 2018, riguardante la
partecipazione a una procedura negoziata ex art. 36 comma 2-b del Dlgs. 18

aprile 2016 n. 50 per la concessione trentennale della gestione della farmacia comunale;

- del disciplinare di gara di data 26 giugno 2018, riguardante l'affidamento della concessione trentennale della gestione della farmacia comunale;
- della determinazione del responsabile dell'Area Finanziaria n. 148 del 29 agosto 2018, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione della concessione a favore della controinteressata Moleco Farmaceutici srl;
- della determinazione del responsabile dell'Area Finanziaria n. 126 del 31 luglio 2018, con la quale è stata nominata la commissione giudicatrice;
- del verbale di gara n. 1 di data 1 agosto 2018, contenente l'ammissione dell'unica domanda pervenuta;
- del verbale di gara n. 2 di data 1 agosto 2018, contenente l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica;
- del verbale di gara n. 3 di data 1 agosto 2018, contenente l'attribuzione del punteggio all'offerta economica;
- e inoltre per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, e per la condanna al risarcimento del danno subito;
- nonché per l'accertamento del diritto di accesso alla documentazione amministrativa e all'offerta tecnica ed economica della controinteressata (documenti chiesti con istanze di accesso di data 5 e 6 settembre 2018);

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2018 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Remedello ha pubblicato all'albo pretorio *online* dal 27 aprile 2018 al 15 giugno 2018 un avviso esplorativo per sollecitare manifestazioni di interesse alla partecipazione a una procedura negoziata ex art. 36 comma 2-b del Dlgs. 18 aprile 2016 n. 50 per la concessione trentennale della gestione della farmacia comunale.
2. Nel suddetto avviso, il valore annuo della concessione è stato indicato in € 154.000 (IVA esclusa). È stato inoltre precisato che il Comune intende incamerare una parte di questo valore mediante un triplice prelievo: (a) sotto forma di contributo *una tantum* al momento dell'aggiudicazione (€ 40.000); (b) con un canone annuo indicizzato (€ 2.000); (c) con un canone annuo di gestione in percentuale sul volume di affari annuo della farmacia, nella misura indicata nell'offerta e comunque non inferiore allo 0,5% (oltre all'IVA) che costituisce la base di gara.
3. Come puntualmente ricordato nell'avviso esplorativo, la società titolare dell'unica farmacia privata esistente nel territorio comunale aveva impugnato l'istituzione della farmacia comunale davanti al TAR Brescia, il quale con sentenza n. 313 del 6 marzo 2017 ha respinto il ricorso. È pendente l'appello in Consiglio di Stato (RG 4305/2017), ma senza sospensione della sentenza di primo grado.
4. In esito alla gara, condotta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il Comune, con determinazione del responsabile dell'Area Finanziaria n. 148 del 29 agosto 2018, ha disposto l'aggiudicazione della concessione a favore della controinteressata Moleco Farmaceutici srl, unico soggetto a rispondere alla lettera di invito su tre che avevano manifestato interesse.
5. Contro l'aggiudicazione, e contro tutti gli atti di gara, ha proposto impugnazione ancora una volta la società titolare dell'unica farmacia privata esistente nel territorio comunale. Oltre all'annullamento degli atti impugnati è stato chiesto il risarcimento del danno.
6. Le censure sono sintetizzabili come segue:

(i) erronea utilizzazione della procedura negoziata, in quanto il valore trentennale della concessione, calcolato in base all'art. 167 comma 1 del Dlgs. 50/2016, sarebbe superiore alla soglia comunitaria di cui all'art. 35 comma 1-a del Dlgs. 50/2016 (€ 5.548.000). Il valore annuo reale, infatti, non sarebbe pari a € 154.000, ma a € 360.000, come indicato nel disciplinare di gara (v. paragrafo 3.4);

(ii) mancato utilizzo di una centrale di committenza o di un'aggregazione ex art. 37 comma 3 del Dlgs. 50/2016, sul presupposto che, in relazione al valore della gara, il Comune dovrebbe essere considerato una stazione appaltante priva dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 38 del Dlgs. 50/2016;

(iii) assenza del requisito minimo di partecipazione previsto dall'avviso esplorativo (*“società di persone e di capitali e soggetti di cui all'art. 45 del Dlgs. 50/2016 aventi oggetto sociale compatibile con lo svolgimento delle attività oggetto della presente procedura e operanti nel settore da almeno un anno”*), in quanto la controinteressata non gestisce alcuna farmacia, ed esercita il solo commercio di farmaci non soggetti a prescrizione medica;

(iv) violazione dell'art. 104 del RD 27 luglio 1934 n. 1265, in quanto la farmacia comunale, la cui sede è ora definitivamente localizzata in piazza Feltrinelli presso l'ex ufficio postale (v. verbale di gara n. 2), verrebbe a trovarsi a una distanza inferiore a 3.000 metri sia rispetto alla farmacia della ricorrente (2.955 metri), sia rispetto alla farmacia situata nel confinante Comune di Casalmoro (2.206 metri).

7. La società ricorrente ha inoltre proposto in giudizio la domanda di accesso ex art. 116 comma 2 cpa relativamente alla documentazione amministrativa e all'offerta tecnica ed economica della controinteressata (documenti chiesti con istanze di data 5 e 6 settembre 2018). In seguito alla prima istanza di accesso il Comune ha reso pubblici sul proprio sito Internet gli atti della procedura, impugnati nel presente ricorso. In data 27 settembre 2018 il Comune ha rilasciato alla ricorrente copia della documentazione amministrativa della controinteressata, ma a causa dell'opposizione

manifestata da quest'ultima non è stata esibita l'offerta tecnica (v. deposito della ricorrente di data 15 ottobre 2018).

8. Il Comune si è costituito in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso, ed eccependone preliminarmente la tardività.

9. Questo TAR, con ordinanza cautelare n. 412 del 23 ottobre 2018 ha accolto la domanda relativa all'accesso, e respinto la domanda cautelare.

10. Il Comune ha ottemperato alla pronuncia sull'accesso, fornendo alla ricorrente tutta la documentazione richiesta (successivamente prodotta in giudizio dalla ricorrente con deposito del 26 novembre 2018).

11. Sulle questioni rilevanti ai fini della decisione si possono svolgere le seguenti considerazioni, riprendendo quanto anticipato in sede cautelare.

Sulla ricevibilità del ricorso

12. In primo luogo, si osserva che il ricorso deve essere qualificato come tempestivo, in quanto diretto contro atti resi noti alla collettività, e quindi anche alla ricorrente, solo in data 6 settembre 2018, mediante pubblicazione sul sito Internet del Comune dopo la prima istanza di accesso.

13. Anteriormente alla pubblicazione, l'unico atto della procedura certamente noto anche alla ricorrente era l'avviso esplorativo, rispetto al quale tuttavia non vi era ancora un interesse attuale all'impugnazione, in quanto non era scontato che vi sarebbero state manifestazioni di interesse. Il fatto di essere a conoscenza dell'avviso esplorativo non poteva produrre a carico della ricorrente l'onere di effettuare delle istanze di accesso, a loro volta inevitabilmente esplorative, per avere aggiornamenti sugli sviluppi della procedura. Un simile onere sarebbe sproporzionato, e ingiustificatamente favorevole alla stazione appaltante, che è invece tenuta alla massima trasparenza, particolarmente nelle questioni dove è nota la presenza di soggetti portatori di interessi contrari.

14. Il rifiuto di rendere accessibile l'offerta tecnica della controinteressata ha contribuito a ostacolare la piena conoscenza della lesività degli atti della procedura di gara. Un ricorso non può essere dichiarato tardivo se alla parte

ricorrente non vengono tempestivamente fornite tutte le informazioni rilevanti per valutare l'utilità dell'impugnazione.

Sulla domanda relativa all'accesso

15. La questione relativa al diritto della ricorrente ad accedere a tutta la documentazione di gara, compresa l'offerta tecnica della controinteressata, è già stata risolta nell'ordinanza cautelare n. 412/2018, che per questa parte può essere qualificata come ordinanza ex art. 116 comma 2 cpa.

16. In ogni caso, la suddetta decisione, che è stata nel frattempo eseguita, viene confermata nella presente sentenza. Occorre ribadire, in proposito, che l'inserimento di elementi originali o creativi all'interno del progetto di gestione non basta a qualificare l'offerta tecnica come atto contenente segreti tecnici o commerciali ai sensi dell'art. 53 comma 5-a del Dlgs. 50/2016. Parimenti, non è sufficiente a tale riguardo la menzione di particolari rapporti commerciali in grado di assicurare condizioni di gestione favorevoli, e neppure l'elaborazione di innovative strategie di mercato. A maggior ragione, non può essere invocata la segretezza quando, come nel caso in esame (v. paragrafo 6.2 del disciplinare di gara), la maggior parte dei criteri di assegnazione del punteggio riguarda la presenza di servizi aggiuntivi per la clientela (distribuzione tramite *self-service*, misurazione gratuita del peso, prenotazione di visite/analisi presso le strutture del SSN, autoanalisi per la misurazione della glicemia, autoanalisi per la misurazione del colesterolo, misurazione della pressione, esame tricologico, altri servizi di autoanalisi, organizzazione di campagne sul tema della prevenzione/tutela della salute, distribuzione di farmaci a domicilio, vendita di prodotti alimentari per intolleranti).

Sulla soglia per la procedura negoziata

17. Per quanto riguarda il valore della concessione, e la conseguente legittimità della procedura negoziata, si può ritenere che la contraddizione interna al paragrafo 3.4 del disciplinare di gara, dove sono indicati dapprima un valore

annuo di € 360.000 e poi un valore annuo di € 154.000, vada risolta individuando in questo secondo importo il valore corretto.

18. Tale interpretazione è preferibile innanzitutto perché rende coerente il disciplinare di gara con l'avviso esplorativo, dove è indicato unicamente il valore di € 154.000.

19. L'art. 167 comma 1 del Dlgs. 50/2016 definisce il valore di una concessione come il fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice quale corrispettivo dei servizi oggetto della concessione. Nella realtà, la stima del fatturato di una concessione trentennale per un servizio di nuova istituzione, e quindi privo di avviamento e di dati storici, è estremamente complessa, e soggetta a un elevato rischio di imprecisione. Quello che si può ragionevolmente ipotizzare è che la rendita diminuisca nel tempo con l'aumento della concorrenza, particolarmente, nel caso delle farmacie, per le attività complementari. Dovendo scegliere tra importi confliggenti inseriti nella *lex specialis* è quindi ragionevole attestare le previsioni sul valore più basso, e scegliere la procedura di gara in relazione a tale valore.

20. Il fatturato dei concorrenti storicamente insediati nello stesso territorio può costituire un riferimento (la ricorrente, in una nota depositata il 26 novembre 2018, ha dichiarato che il proprio fatturato annuo medio lordo negli ultimi anni si colloca intorno a € 822.000). Tuttavia, è sempre necessaria una valutazione complessiva. È evidente, infatti, che l'ordine di grandezza del fatturato della nuova farmacia non può essere quello della ricorrente (oltretutto da ricalcolare al netto dell'IVA). Un confronto con i dati attuali sarebbe sbagliato, in quanto la nuova farmacia è destinata a erodere parte del fatturato dei concorrenti storicamente insediati, e dunque incide sul termine di paragone. Peraltro, il processo di erosione sarà graduale e non lineare, in quanto la concorrenza spinge gli operatori già insediati a una maggiore efficienza, allo scopo di trattenere la clientela. Un altro elemento a sfavore della nuova farmacia è costituito dai limiti del bacino di utenza (la piccola

frazione di Remedello Sotto). Inoltre, poiché le farmacie subiscono anche la concorrenza esterna delle parafarmacie, e dei supermercati per i prodotti non farmaceutici, non è verosimile che si aprano nuovi spazi per una rapida espansione del fatturato su questo versante. Pertanto, nello scenario attuale e sulla base delle informazioni disponibili, tra le due indicazioni fornite dal Comune ai concorrenti (€ 360.000 e € 154.000), è questo secondo valore a descrivere meglio le realistiche prospettive economiche della nuova farmacia.

21. Il disciplinare di gara (v. paragrafo 3.3) prevede alla scadenza della gestione trentennale un “*diritto di prelazione*” a favore del concessionario, senza ulteriori indicazioni. Mancando un periodo minimo di estensione, non si può ritenere che sia stata riconosciuta un’opzione economicamente valutabile ai sensi dell’art. 167 comma 4-a del Dlgs. 50/2016. Il significato della formula è quindi generico, e può essere ricondotto alla semplice prosecuzione del servizio dopo la scadenza, in attesa di una nuova procedura di gara, o alla prelazione intesa come preferenza a parità di condizioni, in esito a una nuova procedura di gara. Nessuna di queste soluzioni interpretative impone di inserire nel valore della concessione il periodo successivo alla scadenza.

Sulla qualificazione della stazione appaltante

22. Per quanto riguarda i requisiti di qualificazione di cui all’art. 38 del Dlgs. 50/2016, finché non sarà approvata la disciplina attuativa di tale norma non vi sono i presupposti per formulare un giudizio di inadeguatezza della stazione appaltante. Di conseguenza, nel periodo transitorio ogni ente locale, previa iscrizione nell’anagrafe unica dell’ANAC, può bandire e gestire come autonoma stazione appaltante tutte le procedure di gara a cui sia interessato, senza che questo possa mettere a rischio l’aggiudicazione.

23. Occorre infatti sottolineare che la violazione del principio di aggregazione e centralizzazione delle committenze, anche nei casi previsti dall’art. 37 comma 4 del Dlgs. 50/2016, non è sanzionabile con l’annullamento dell’intera procedura di gara in mancanza di parametri precostituiti che consentano di misurare la sproporzione tra la complessità della procedura e le competenze

tecniche della stazione appaltante. Questi parametri potranno essere forniti solo dal decreto che individuerà i requisiti tecnico-organizzativi di cui all'art. 38 comma 2 del Dlgs. 50/2016 per l'iscrizione nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate.

Sui requisiti di partecipazione

24. Per l'invito alla procedura negoziata non era richiesto che i concorrenti avessero l'attuale gestione di una farmacia. L'avviso esplorativo era rivolto alle società con oggetto sociale compatibile, aventi esperienza almeno annuale nella commercializzazione di prodotti farmaceutici e complementari. La controinteressata, costituita il 19 dicembre 2016 e attiva dal 7 febbraio 2017 (v. visura camerale e domanda di partecipazione), rientra in tale categoria. La direzione della farmacia dovrà essere affidata a un farmacista iscritto all'albo da almeno un anno, e la controinteressata si è espressamente impegnata in questo senso (v. dichiarazione Modello C3).

Sulla distanza minima

25. Per quanto riguarda il requisito della distanza minima da altre farmacie, si ritiene che la misura di 3.000 metri posta dall'art. 104 del RD 1265/1934 per ottenere la deroga al criterio della popolazione non vada intesa come un limite assoluto. La norma formula in realtà una presunzione di non interferenza tra due o più farmacie situate in un contesto con popolazione ridotta.

26. Sotto entrambi i profili (popolazione e distanza), l'interesse tutelato è quello economico delle farmacie precedentemente insediate, che vengono protette dal rischio di un eccesso di competizione. La norma non può tuttavia essere interpretata in modo da produrre risultati in contrasto con i principi proconcorrenziali ormai accettati dall'ordinamento nazionale. È necessario che nelle fattispecie concrete sia raggiunto un equilibrio basato sulla regola della proporzionalità. Se dunque è possibile garantire la non interferenza tra due farmacie quando la distanza sia inferiore a 3.000 metri, questa soluzione deve essere preferita.

27. Nello specifico, la predetta condizione sembra sussistere. Assume infatti un rilievo particolare la distribuzione della popolazione residente, che può assicurare a tutte le farmacie (e in particolare a quella della ricorrente, prossima alla distanza legale) un bacino di clientela tendenzialmente esclusivo, tenendo conto della polarizzazione dei centri abitati, della situazione della viabilità, e delle difficoltà pratiche di spostamento a piedi. È verosimile che questi fattori porteranno a una sostanziale fidelizzazione della clientela nei centri abitati di riferimento.

Conclusioni

28. Il ricorso deve quindi essere respinto nella parte impugnatoria e per quanto riguarda la domanda di risarcimento. Rimane fermo l'accoglimento della domanda relativa all'accesso, come stabilito nell'ordinanza n. 412/2018.

29. La complessità della vicenda e l'accoglimento della domanda relativa all'accesso consentono l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando:

- (a) respinge il ricorso, relativamente alla parte impugnatoria;
- (b) respinge la domanda di risarcimento;
- (c) conferma l'accoglimento della domanda relativa all'accesso;
- (d) compensa integralmente le spese di giudizio.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

IL SEGRETARIO