

## DELIBERA DI GIUNTA COMUNALE N. 218 DEL 15.11.2007

**Oggetto:** “Farmacia Comunale di Santa Maria – Determinazioni...”

### LA GIUNTA COMUNALE

#### PREMESSO:

- che con decreto del Dirigente Regionale della Direzione Piani e Programmi Socio Sanitari n. 88 del 19 luglio 2006, assunto sulla scorta della deliberazione GRV n. 1172 del 18 aprile 2006 di approvazione della pianta organica delle farmacie della Provincia di Verona, è stato approvato l'elenco delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione tra cui a Zevio, località S. Maria, la III<sup>a</sup> sede farmaceutica;
- che il Consiglio Comunale, con deliberazione n. 64 del 21 settembre 2006 e successiva n. 82 dell'11.11.06, ha deciso rispettivamente di esercitare il diritto di prelazione per l'assunzione della gestione della farmacia di nuova istituzione e di procedere all'affidamento del servizio a terzi da individuare con gara ex art. 113, c. 5, lettera a) D.Lgs. n. 267/00- a cui avrebbero potuto partecipare anche “farmacisti che operano come ditta individuale o in società di persone”;
- che con nota prot. 24230 del 30.11.06, ricevuta l'1.12.2006, copia della deliberazione è stata inviata all'AULSS n. 21 di cui fa parte questo comune;
- che in data 18 dicembre 2006 è stato pubblicato, in attuazione della citata deliberazione consiliare, il bando per l'affidamento del servizio, il quale consentiva la partecipazione alla gara a “farmacisti singoli, società di persone, società cooperativa a responsabilità limitata, società di capitali, raggruppamenti di impresa dei soggetti precedenti”;
- che, a seguito di richiesta di chiarimenti da parte di interessati, è stato, quindi, pubblicato un avviso, nel quale si precisava che dovevano intendersi ammesse come “società di capitali” le “società miste pubblico privato” di gestione di farmacie comunali (con partecipazione pubblica maggioritaria o minoritaria ex art. 9, legge n. 475/1968 e 12, legge n. 498 del 1992) non affidatarie dirette ex art. 113, comma VI e 15 quater D.Lgs. n. 267 del 2000, il cui socio privato non svolga attività di produzione, intermediazione, informazione scientifica del farmaco”;
- che alla gara partecipavano, facendo pervenire le loro offerte, le Ditte FMP snc di Marchesini Paolo & C., il Dott. Luigi Scalchi, il Dott. Tasso Mauro, la Dr.ssa Maria Serena Serenelli e la FARMA.Co srl;
- che la Commissione Giudicatrice ha ritenuto la ditta Farma.Co srl non legittimata a partecipare alla gara, trattandosi di società mista costituita dal Comune di San Giovanni Lupatoto, socio maggioritario, e da un farmacista, socio minoritario, per la gestione della farmacia di cui è titolare il Comune e ne ha, conseguentemente, determinato l'esclusione dalla gara;
- che espletata la procedura, con determinazione del Segretario Generale n. 223 del 15.3.07, previa approvazione dei verbali di gara, si è aggiudicata la gestione del servizio di farmacia comunale in Loc. Santa Maria al dott. Tasso Mauro, poi rinunciatario;
- che in data 29.03.2007, con determinazione del Segretario Generale n. 263 RGD, dato atto della rinuncia di cui sopra, il servizio è stato definitivamente affidato alla ditta F.M.P. di Marchesini Paolo & C. s.n.c. con sede in Zevio via Kennedy n. 33, società di persone tra due farmacisti, unici soci, ed è stato anche sottoscritto il relativo contratto (Repertorio n. 4184 del 24.04.2007);

- che la Ditta Farma.Co srl ha proposto ricorso avverso il provvedimento di esclusione al Tribunale amministrativo Regionale per il Veneto, il quale, con ordinanza n. 330 in data 23.05.2007, ha respinto l'istanza di sospensione dalla ditta proposta, ritenendo che non apparissero profili di fumus boni iuris particolarmente apprezzabili e che, d'altra parte, la ricorrente non potesse ottenere alcun vantaggio immediato dall'accoglimento della domanda di misure cautelari;
- che contro l'ordinanza la ditta ha proposto appello al Consiglio di Stato, il quale, con ordinanza della Quinta Sezione n. 4285/07 in data 28 agosto 2007, senza espressamente pronunciarsi sul fumus boni iuris del ricorso, ha accolto l'appello, limitandosi a ravvisare, peraltro, solo un pregiudizio che, ai sensi dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, impone esclusivamente la fissazione urgente dell'udienza di merito;
- che in data 18 maggio 2007 prot. n. 10513, pervenuta all'AULSS il giorno stesso, prot. n. 20772, il Comune di Zevio ha chiesto all'AULSS n. 21, l'autorizzazione all'apertura della farmacia comunale a far data dal 1 giugno 2007, comunicando che soggetto gestore sarebbe stata la società FMP di Marchesini Paolo C. s.n.c. e direttore il dott. Marchesini Paolo;
- che, con provvedimento in data 2 luglio 2007, prot. n. 27171, il direttore del servizio farmaceutico territoriale dell'Ulss n. 21 ha comunicato di non poter procedere al rilascio dell'autorizzazione alla società FMP snc, "in quanto la stessa non rientra fra i soggetti previsti dalle leggi vigenti ed autorizzati a gestire le farmacie pubbliche";
- che il provvedimento è stato impugnato dall'Amministrazione Comunale con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, il quale, con ordinanza n. 500 in data 26 luglio 2007, ha respinto l'istanza di sospensione, ritenendo, in particolare, che "all'Azienda Ulss, prima di rilasciare l'autorizzazione all'apertura e all'esercizio delle farmacie, compete anche di verificare se l'esercente possieda tutti i requisiti prescritti, compresi quelli soggettivi: e ciò non si può affermare per la FMP di Marchesini Paolo & C., la quale non rientra – come osserva l'Amministrazione resistente nel provvedimento impugnato – fra i soggetti cui può essere affidata la gestione delle farmacie comunali: l'art. 9, primo comma, Legge 2 aprile 1968 e successive modificazioni, dispone che ciò si può fare in economia, con azienda speciale, con consorzio, con una società di capitali avente peculiare costituzione";
- che con identica motivazione, è stata respinta anche la richiesta di sospensione formulata dalla società FMP;
- che risulta, dunque, attualmente pendente al Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto il ricorso n. 934 del 2007, proposto da Farma.Co srl contro il provvedimento di esclusione dalla gara, per il quale è stata fissata l'udienza di discussione per il 31.01.2008;
- che risultano, altresì, pendenti avanti il TAR Veneto i due ricorsi n. 1412 del 2007 e n. 1379 del 2007, proposti rispettivamente, dal Comune di Zevio e da FMP di Marchesini Paolo & C. snc contro il provvedimento di diniego dell'autorizzazione all'apertura della farmacia, per i quali non risulta fissata l'udienza di discussione, ma è stata respinta l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato;
- che tale provvedimento risulta, pertanto, efficace ed impedisce, attualmente, alla ditta risultata vincitrice della procedura di gara di intraprendere l'attività di gestione della farmacia;
- che la società Farma.Co nel ricorso proposto al TAR Veneto, oltre a lamentare la sua esclusione dalla gara, ha rilevato anche che la commissione giudicatrice avrebbe determinato i criteri per la valutazione delle offerte solo dopo avere aperto le buste contenenti le offerte tecniche dei partecipanti, con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione;

CONSIDERATO che, d'altra parte:

- deve anche porsi il dubbio di legittimità, in relazione all'art. 113 bis del Testo Unico in materia di ordinamento degli enti locali approvato con D.Lgs. n. 267/2000, della clausola del bando di gara che ha consentito la partecipazione alla gara stessa a società di persone costituite tra farmacisti;
- deve ritenersi sussistente, ai sensi dell'art. 21 nonies della Legge n. 241 del 1990, l'interesse pubblico a disporre l'annullamento in sede tanto del bando, quanto della successiva procedura di gara, ravvisabile nell'interesse del Comune ad una sollecita apertura della sede farmaceutica, la cui istituzione è prevista dall'elenco delle sedi farmaceutiche approvate dalla regione e che, attualmente, è impedita dal diniego di autorizzazione all'apertura opposto dall'Aulss n. 21 e non sospeso dal giudice amministrativo;
- detto interesse non potrebbe essere soddisfatto mediante l'annullamento della sola determinazione con cui la Commissione ha escluso dalla partecipazione alla gara la Società Farma.Co, come da quest'ultima richiesto, in quanto la decisione della Commissione di escludere quest'ultima dalla gara deve ritenersi legittima, non potendo una società costituita specificatamente per la gestione della farmacia di un comune partecipare, al tempo stesso, alla gara indetta da un diverso comune per la gestione della propria farmacia;
- d'altro canto, l'eventuale annullamento della procedura di gara in conseguenza dell'illegittima fissazione dei criteri dopo l'apertura delle buste, che imporrebbe la rinnovazione della procedura di gara a partire dalla presentazione delle offerte, non potrebbe arrecare alcuna utilità alla Ditta Farma.Co., la quale, anche in caso di nuova procedura, non potrebbe che essere esclusa dalla partecipazione, né sarebbe in grado di soddisfare l'interesse del Comune ad una sollecita apertura della sede farmaceutica, posto che, rimanendo efficace il bando che prevede la possibilità di partecipazione di società di persone, non potrebbe escludersi la ripresentazione della domanda da parte di società di persone e la rinnovazione dell'affidamento alla medesima, con conseguente probabile rinnovo del diniego, da parte dell'Aulss n. 21 dell'autorizzazione all'apertura della farmacia;

TUTTO CIO' premesso e considerato;

RITENUTO di dover attivare il procedimento di annullamento, in via di autotutela del bando per l'affidamento per la gestione della farmacia comunale in Frazione Santa Maria di Zevio e della successiva procedura di gara;

ATTESO che, a tal fine, occorre procedere, ai sensi degli artt. 7 e seguenti della legge 07 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche ed integrazioni, all'avvio del procedimento di cui sopra e contestualmente provvedere all'individuazione del responsabile del procedimento;

PRESO ATTO che il presente provvedimento per la sua natura di indirizzo non necessita dei pareri previsti dall'art. 49, comma 1, del D.Lgs 18 agosto 2000, n. 267;

A VOTI UNANIMI, espressi nelle forme e modi di legge;

## **D E L I B E R A**

1. **DI PROCEDERE**, ai sensi degli artt. 7 e seguenti della Legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni ed integrazioni, all'avvio del procedimento per l'annullamento, in via di autotutela, del bando per l'affidamento della gestione della farmacia comunale in Frazione Santa Maria di Zevio e della successiva procedura di gara;
2. **DI DARE ATTO** che la struttura competente è l'Unità Organizzativa Segreteria - Affari generali e il responsabile del procedimento ai sensi 8 della legge n. 241/1990 e successive modifiche ed integrazioni è individuato nella persona del Segretario Generale – Direttore Generale pro-tempore, Dott. Francesco Corsaro.
3. **DI DARE MANDATO**, pertanto, al predetto Dirigente di porre in essere tutti gli atti necessari per l'avvio del procedimento di annullamento di cui al punto sub 1: del presente atto.
4. **DI COMUNICARE** la presente deliberazione ai Capigruppo Consiliari, tramite elenco, ai sensi dell'art. 125 del Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n, 267.
5. **DICHIARARE** il presente provvedimento immediatamente eseguibile, data l'urgenza di attivare la procedura, con separata votazione, a voti unanimi espressi nelle forme e modi di legge, ai sensi dell'art. 134, comma 4, del Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n, 267.