

Utilizzando il nostro sito web, si acconsente all'uso dei cookie anche di terze parti.

Modifica l'impostazione dei cookie

Diritto e Giustizia

IL QUOTIDIANO DI INFORMAZIONE GIURIDICA

AMMINISTRATIVO

17 Luglio 2017

(Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 3357/17; depositata il 7 luglio)

Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 27 giugno – 7 luglio 2017, n. 3357

Presidente Lipari – Estensore Noccelli

Fatto e diritto

1. La odierna appellante principale Farmacia C. s.n.c. di C. e Grandi (di qui in avanti, per brevità, Farmacia C.) ha contestato avanti al T.A.R. per la Lombardia, sezione stacca di Brescia, l'esito della gara indetta dal Comune di Borgo Virgilio (MN), con il bando pubblicato il giorno 21 gennaio 2016 sulla GUUE, per affidare con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa la concessione di gestione della farmacia comunale per 360 mesi dall'aggiudicazione, gara in cui si è classificata seconda con 90,075 punti dopo i controinteressati dottori J.F.F. e A.M., associati fra loro, unici altri partecipanti, vincitori con 90,600 punti.
 - 1.1. A tale fine la ricorrente in prime cure ha articolato tre motivi di illegittimità della procedura di gara in riferimento alla valutazione dell'offerta dei controinteressati da parte della Commissione giudicatrice, motivi, come si vedrà, poi riproposti – seppure con un diverso ordine di trattazione – nelle censure di appello e che verranno di seguito esaminati con queste, e ne ha chiesto, previa sospensione, l'annullamento, con la conseguente aggiudicazione della gara in proprio favore.
 - 1.2. Hanno resistito in primo grado il Comune di Borgo Virgilio (MN) e i controinteressati, che hanno a loro volta proposto ricorso incidentale, con il quale hanno chiesto, in via subordinata al rigetto nel merito, che il ricorso principale fosse dichiarato improcedibile per difetto di interesse della ricorrente.
 - 1.3. Successivamente, nel corso del giudizio di primo grado, la ricorrente ha proposto motivi aggiunti, depositati il 28 giugno 2016, contro il verbale di gara n. 5 del 30 maggio 2016, con il quale la Commissione giudicatrice ha confermato il punteggio assegnato all'offerta aggiudicataria quanto al sottocriterio «organizzazione, con cadenza almeno semestrale, di corsi mirati alla prevenzione delle malattie croniche».
 - 1.4. Con la sentenza n. 1692 del 12 dicembre 2016 il T.A.R. per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, ha dichiarato inammissibili i motivi aggiunti e ha respinto il ricorso principale, per tutti i tre vizi dedotti dalla Farmacia C., mentre ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale condizionato, proposto dai controinteressati, J.F.F. e A.M..
2. Avverso tale sentenza, nella parte in cui ha respinto il ricorso principale e dichiarato inammissibili i motivi aggiunti proposti in primo grado, ha proposto appello principale Farmacia C. e, articolando tre motivi di censura che saranno di seguito esaminati, ne ha chiesto, previa sospensione, la riforma, con il conseguimento annullamento dell'aggiudicazione e l'affidamento della concessione in proprio favore.
 - 2.1. Si è costituito il Comune appellato di Borgo Virgilio (MN), per resistere all'appello principale, e si sono altresì costituiti i controinteressati, J.F.F. e A.M., per resistere all'appello principale e per proporre appello incidentale condizionato contro la sentenza nella parte in cui ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale da questi proposto in primo grado.
 - 2.2. Nella camera di consiglio del 2 marzo 2017, fissata per l'esame della domanda cautelare, il Collegio, ritenuto di dover decidere la controversia sollecitamente nel merito, sull'accordo delle parti ne ha rinviato la trattazione alla pubblica udienza del 27 giugno 2017.
 - 2.3. Nella pubblica udienza del 27 giugno 2017 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.
3. L'appello principale è infondato e deve essere respinto.
4. Con il primo motivo (pp. 5-10 del ricorso) l'odierna appellante principale deduce la erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto il terzo motivo dell'originario ricorso, proposto in primo grado, laddove questo contestava:
 - l'illegittimità del disciplinare di gara relativamente alla inclusione tra gli elementi di valutazione delle offerte tecniche, prevista all'art. 11.3, della organizzazione di giornate di prevenzione mediante visite mediche, per la dedotta violazione dell'art. 102 del r.d. n. 1265 del 1934, dell'art. 15 del r.d. n. 1706 del 1938, dell'art. 1 del d. lgs. n. 153 del 2009 e dell'art. 14 del codice deontologico del farmacista, evincendosi da dette disposizioni il divieto di esercizio dell'attività medica in farmacia;
 - l'illegittimità, per vizio derivato, dei verbali di gara e del provvedimento di aggiudicazione della concessione, nella parte in cui sono stati assegnati 2,40 punti ai controinteressati per avere previsto, nella loro offerta, l'effettuazione di visite mediche in farmacia da parte di un dermatologo e di un odontoiatra.
- 4.1. Secondo il primo giudice, che ha disatteso la censura, non si tratterebbe di iniziative proibite in assoluto, ma di iniziative possibile a patto che si adottino corrette modalità, a riprova, per comune esperienza, che tali azioni di prevenzione vengono effettuate regolarmente nelle farmacie, senza problematiche di sorta, essendo del tutto logico ritenere che l'attività di prevenzione verrà organizzata in modo tale da rispettare anche sotto questo profilo le disposizioni vigenti in materia (p. 9 della sentenza impugnata).
- 4.2. Farmacia C. contesta tuttavia questa argomentazione e assume, in senso contrario, che l'interpretazione dell'art. 102 del r.d. n. 1265 del 1934 e delle altre disposizioni sopra richiamate, seguite dal T.A.R. per la Lombardia, sarebbe errato perché, al contrario, il divieto di esercizio dell'attività medica nei locali della farmacia deve intendersi in senso assoluto e, pertanto, operante anche nell'ipotesi in cui l'attività medesima venga svolta all'interno della farmacia da una persona diversa dal farmacista.
- 4.3. L'Amministrazione comunale con l'elemento di valutazione in esame avrebbe dovuto limitarsi a prescrivere l'organizzazione di giornate di prevenzione, esclusivamente, attraverso "screening" e, cioè, mediante test diagnostici, test che le farmacie sono legittimate ad eseguire, ai sensi del d.m. del 16 dicembre 2010, e che la società appellante ha proposto nella propria offerta.
- 4.4. Il motivo deve essere respinto.
- 4.5. L'interpretazione dell'art. 102 del r.d. n. 1265 del 1934, propugnata dall'appellante principale, nella sua assolutezza non è condivisibile e contrasta con il dato normativo e, in particolare, con la previsione dell'art. 1, comma 2, lett. c), del d. lgs. n. 153 del 2009 che, in attuazione dell'art. 11 del d. lgs. n. 69 del 2009, espressamente consente, tra i nuovi servizi, «la erogazione di servizi di primo livello, attraverso i quali le farmacie partecipano alla realizzazione dei programmi di educazione sanitaria e di campagne di prevenzione delle principali patologie a forte impatto sociale, rivolti alla popolazione generale ed ai gruppi a rischio e realizzati a livello nazionale e regionale, ricorrendo a modalità

di informazione adeguate al tipo di struttura e, ove necessario, previa formazione dei farmacisti che vi operano».

4.6. L'evoluzione della normativa in materia mostra dunque che il divieto di cumulare la professione farmaceutica con l'esercizio di altre professioni o arti sanitarie (su cui v., comunque, Cons. St., sez. IV, 1° ottobre 2004, n. 6409) non impedisce di prevedere, presso le farmacie, giornate di prevenzione, nell'ambito di appositi programmi di educazione sanitaria o di specifiche campagne contro le principali patologie a forte impatto sociale, anche mediante visite mediche, la cui finalità, però, sia quella appunto di favorire il valore essenziale della prevenzione sanitaria e l'anticipato contrasto di patologie a forte impatto sociale.

4.7. Non sembrano pertanto incorrere nella violazione di detta normativa, anche alla luce delle fondamentali finalità sociosanitarie – collaborare ai programmi di educazione sanitaria della popolazione realizzati a livello nazionale e regionale e realizzare campagne di prevenzione delle principali patologie a forte impatto sociale – perseguite dall'art. 11, comma 1, lett. b) e lett. c), del d. lgs. n. 69 del 2009, né la disposizione del disciplinare, relativamente alla previsione di giornate di prevenzione attraverso mediche, né a maggior ragione la prevista organizzazione, da parte degli odierni appellati, di incontri periodici con un dermatologo e un odontoiatra, nell'ambito della prevenzione di cui si è detto.

4.8. Si tratta di due figure, peraltro, del tutto estranee all'organizzazione e alla gestione della farmacia, che solo ed esclusivamente nell'ambito e per le finalità di tali giornate di prevenzione effettuerebbero visite a pagamento, senza che i farmacisti partecipino in alcun modo agli utili che i due professionisti ne ricaverebbero.

4.9. E del resto, si deve qui osservare, la farmacia comunale, oggetto della procedura, è allo stato ancora fisicamente inesistente, quanto ad ubicazione, locali, concreta suddivisione di essi, e l'effettuazione di visite mediche nell'ambito delle giornate di prevenzione dovrà essere realizzata conformemente non solo alle previsioni del disciplinare, ma anche della normativa in materia e quindi, se del caso, dello stesso art. 45 del r.d. n. 1706 del 1938, sopra ricordato, il quale prevede che gli ambulatori medico-chirurgici devono sempre avere l'ingresso diverso da quello delle farmacie, alle quali sono annessi, e non debbono avere alcuna comunicazione interna con esse.

Di qui, per le ragioni esposte, l'infondatezza del motivo in esame, con la conseguente legittimità dei 2,40 punti assegnati all'offerta degli aggiudicatari, quanto al profilo dell'offerta economica qui esaminato.

5. Con il secondo motivo (pp. 10-16 del ricorso) l'odierna appellante deduce l'erroneità della sentenza impugnata per avere disatteso il primo motivo dell'originario ricorso, con il quale, in relazione al criterio di valutazione concernente «l'organizzazione, con cadenza almeno semestrale, di corsi mirati alla prevenzione delle malattie croniche», era stata dedotta l'incongruenza del punteggio assegnato ai controinteressati rispetto al giudizio formulato dalla Commissione giudicatrice.

5.1. In tale motivo la ricorrente aveva evidenziato, in particolare, che il punteggio attribuito non era congruente con il giudizio "parzialmente adeguato", essendo pari al 60% del punteggio attribuibile e corrispondente, nella scala di valutazione di cui all'art. 14 del disciplinare di gara, al giudizio di "sufficiente", quando, invece, al giudizio "parzialmente adeguato" corrisponde un punteggio pari al 30% del massimo.

5.2. Sostiene insomma l'appellante principale che ai controinteressati doveva essere attribuito, coerentemente con il giudizio formulato, un punteggio di 0,90 punti.

5.3. Il primo giudice ha respinto anche tale censura perché ha rilevato, tra l'altro, che il disciplinare di gara prevede la motivazione discorsiva come un "accessorio" rispetto al punteggio, senza stabilire «regole rigide per la sua redazione» ed evidenziando, altresì, che la Commissione giudicatrice, anche in un altro caso, aveva usato le parole "parzialmente adeguato" per illustrare un punteggio superiore al 30% del massimo.

5.4. L'appellante principale contesta tuttavia questa argomentazione perché, pur riconoscendo che la motivazione possa considerarsi come un elemento accessorio per la cui redazione non erano richieste formule particolari, non altrettanto ammette per i giudizi finali che, invece, erano indicati nel disciplinare di gara con precise espressioni lessicali (non valutabile, parzialmente adeguato, sufficiente, discreto, buono, etc.).

5.5. I servizi offerti dai controinteressati sono stati giudicati parzialmente adeguati dalla Commissione e, conseguentemente, avrebbero dovuto ricevere il punteggio di 0,90 e non quello di 1,80, corrispondente al giudizio di sufficiente secondo la "scala" di giudizio prevista nel disciplinare.

5.6. Il motivo è destituito di fondamento.

5.7. Bene ha rilevato il primo giudice, sul punto, che secondo la lettera del bando la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto assegnare, prima di tutto, un punteggio numerico, con la scala descritta, e poi illustrarlo succintamente, con una motivazione discorsiva, per la quale non erano previste formule rigide e predeterminate.

5.8. La circostanza che la Commissione abbia valutato, nella motivazione, come solo parzialmente adeguata l'offerta dei controinteressati non sta dunque a significare che essa intendesse usare detta espressione nel senso della valutazione prevista nella scala, come pretende l'appellante principale assumendo l'incongruenza del punteggio assegnato rispetto alla corrispondente valutazione della scala, ma solo che essa, succintamente motivando, ha inteso evidenziare come l'offerta dei controinteressati si limitasse alla sola organizzazione di corsi mirati alla prevenzione delle malattie coronariche e non di altre malattie croniche e non fosse, perciò, del tutto soddisfacente in ordine agli elementi presi in considerazione dal sottocriterio di valutazione.

5.9. Il che, con ogni evidenza, non necessariamente comportava l'assegnazione di un punteggio pari al 30% del massimo, come pretende l'appellante, ma poteva anche determinare la mera sufficienza dell'offerta, sotto tale profilo, come la Commissione giudicatrice ha ritenuto, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, secondo un apprezzamento che non appare né manifestamente illogico né affetto da travisamento dei fatti.

5.10. Detto apprezzamento, del resto, rimasto incontestato nel suo intrinseco contenuto valutativo, come pure il primo giudice non ha mancato di rilevare allorché, condivisibilmente, si è soffermato ad evidenziare la natura meramente formale, e non sostanziale, della censura in esame.

5.11. Ne discende, oltre alla reiezione del motivo, l'improcedibilità, per difetto di interesse, delle ulteriori censure (pp. 14-15 del ricorso), con le quali l'appellante principale ha in sostanza riproposto i motivi aggiunti, dichiarati inammissibili dal primo giudice, contro il verbale del 30 maggio 2016, con il quale la Commissione giudicatrice si è limitata a confermare le valutazioni già espresse in sede di gara, trattandosi di censure che, al di là di ogni profilo di eventuale inammissibilità, devono comunque essere respinte nel merito, in quanto reiterative di quelle testé valutate, appunto per le ragioni appena espresse nei §§ 5.7.-5.11.

6. Infine, con il terzo motivo (pp. 16-18 del ricorso), l'odierna appellante principale deduce l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui, respingendo il secondo motivo dell'originario ricorso per l'assenza di profili inerenti alla manifesta illogicità, ha ritenuto corretta la valutazione, da parte della Commissione giudicatrice, di assegnare lo stesso punteggio massimo – pari a 5 – ad entrambe le offerte in relazione al sottocriterio di valutazione dello «svolgimento di test gratuiti di autoanalisi (emoglobina, transaminasi, acido urico, colesterolo, trigliceridi) a favore dei clienti residenti nel territorio di competenza dell'esercizio farmaceutico di età superiore ai 70 anni e con disabilità pari o superiore al 70%».

6.1. Secondo l'appellante principale, invece, la propria offerta sarebbe migliore rispetto a quella dei controinteressati perché avrebbe abbassato a 66 anni di età e al 66% di disabilità le soglie di accesso alla gratuità del servizio e avrebbe proposto di effettuare test specifici per il colesterolo totale, il colesterolo HDL e il colesterolo LDL.

A fronte di tali aspetti migliorativi, dunque, l'offerta dei controinteressati avrebbe dovuto ricevere il punteggio di 4, corrispondente a "buono" nella già menzionata scala di valutazione.

6.2. Il motivo va respinto.

6.3. La valutazione effettuata dalla Commissione giudicatrice, come ha ritenuto il T.A.R. per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, non è

è affetta da alcun macroscopico errore o travisamento dei fatti perché ha assegnato ad entrambe le offerte il medesimo punteggio, evidentemente valutando in modo positivo, in rapporto alla specificità che ciascuna di esse ha, singoli aspetti che l'una aveva e l'altra no, ma sempre nell'ambito di un globale e sintetico apprezzamento, che ha condotto l'organo tecnico ad individuare in ciascuna, per parte sua, tratti di eccellenza.

6.4. L'appellante principale del resto, e comprensibilmente, insiste sulle "migliorie" della propria offerta, ma trascura che l'offerta dei controinteressati enunciava, ad esempio, le specifiche tecniche degli apparecchi, con i quali sarebbero stati eseguiti i test per la glicemia ed il colesterolo, prevedendo anche essa l'esecuzione dei test del colesterolo totale, HDL e LDL, e consentiva, altresì, la possibilità di misurare l'emoglobina glicata, importante indicatore dello stato di salute del paziente, specialmente in riferimento alla patologia diabetica.

6.5. Nel complesso, e concludendo, la censura, nella misura in cui valorizza oltremodo l'offerta dell'appellante, immotivatamente, a tutto scapito di quella presentata dagli aggiudicatari, di cui tace gli aspetti positivi, mira inammissibilmente a sostituirsi e/o ad invocare la sostituzione del giudice amministrativo ad una valutazione, che compete all'Amministrazione, anche quando essa non presenta aspetti di abnormità, macroscopica erroneità o evidente travisamento delle circostanze.

6.6. Anche tale motivo dell'appello principale, quindi, va respinto.

7. Dall'esame dei motivi tutti sopra esaminati, di cui è emersa l'infondatezza, discende il rigetto dell'appello principale proposto da Farmacia C. e, conseguentemente, anche la declaratoria di improcedibilità dell'appello incidentale (pp. 25-30 della memoria), condizionato da J.F.F. e da A.M. all'accoglimento dell'appello principale, invece respinto.

8. La sentenza impugnata, conclusivamente, merita integrale conferma, con la conseguente legittimità dell'aggiudicazione conseguita da J.F.F. e A.M..

9. Le spese del presente grado del giudizio, attesa la specifica complessità delle questioni esaminate (in particolare quelle attinenti all'interpretazione dell'art. 102 del r.d. n. 1265 del 1934), possono essere interamente compensate tra le parti.

9.1. Rimane definitivamente e rispettivamente a carico di Farmacia C. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello principale e a carico di J.F.F. e A.M. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello incidentale condizionato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello principale, come proposto da Farmacia C. s.n.c. di C. e Grandi, e sull'appello incidentale, come proposto da J.F.F. e da A.M., respinge il primo e dichiara improcedibile il secondo e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di Farmacia C. s.n.c. di C. e Grandi il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello principale e a carico di J.F.F. e A.M. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello incidentale.

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

11

2