

Pubblicato il 15/10/2019

N. 06998/2019 REG.PROV.COLL.
N. 04305/2017 REG.RIC.
N. 02995/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4305 del 2017, proposto dalla “Farmacia Galassi” di Galassi Dr. Ferruccio & C. S.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Paolo Rolfo in Roma, via Appia Nuova, n. 96;

contro

Comune di Remedello, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Alessandro Asaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, via Moretto, n. 31;

Regione Lombardia, in persona del Presidente pro tempore e Ats di Brescia, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 2995 del 2019, proposto dal Dr. Tomasoni Giorgio in proprio e n.q. di legale rappresentante della “Farmacia Galassi” di Tomasoni dr. Giorgio, rappresentato e difeso dall'Avvocato Domenico Bezzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Paolo Rolfo in Roma, via Appia Nuova, n. 96;

contro

Comune di Remedello, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Alessandro Asaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Moleco Farmaceutici S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 4305 del 2017:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia (sezione Seconda), n. 313 dell'1/6 marzo 2017, resa tra le parti, concernente l'annullamento della delibera n. 22/16 del 29/7/2016, di revisione della pianta organica, con istituzione di nuova sede farmaceutica;

quanto al ricorso n. 2995 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia (sezione Prima) n. 266 del 29 dicembre 2018/21 marzo 2019, resa tra le parti, concernente l'annullamento

- dell'avviso esplorativo per manifestazione d'interesse pubblicato nel maggio del 2018,
- del disciplinare di gara per l'affidamento in concessione della gestione della farmacia comunale di nuova istituzione,
- della determina n. 148 del 29/08/2018 di aggiudicazione,
- della determina n. 126 del 31/07/2018 di nomina commissione di gara,
- del verbale di gara n. 1 dell'01/08/2018,
- del verbale di gara n. 2 del 01/08/2018,
- del verbale di gara n. 3 del 01/08/2018,
- di ogni altro atto connesso, conseguente e/o presupposto;

per l'annullamento/declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more;
per la condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni patiti e *patienti*;

per l'accesso

ex art.116 del cpa, ai documenti amministrativi richiesti in data 5 e 6 settembre 2018.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2019 il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Paolo Rolfo, su delega dell'Avvocato Domenico Bezzi, e l'Avvocato Anna Falcone, su delega dell'Avvocato Alessandro Asaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-La società ricorrente, titolare dell'unica farmacia privata esistente nel territorio del Comune di Remedello, collocata nella frazione di Remedello Sopra, con ricorso al TAR per la Lombardia sede di Brescia n.r.g.1190 del 2016, impugnava la delibera n. 22 del 2016 con cui il Consiglio comunale istituiva una nuova farmacia, nella frazione di Remedello Sotto.

La ricorrente denunciava vari vizi di incompetenza, la violazione dell'art. 104 del TULLS, nella parte in cui impone il rispetto di una distanza minima tra farmacie, e la violazione dei principi comunitari che garantiscono un'assistenza sanitaria adeguata alla necessità della popolazione.

2. – Con la sentenza n. 313 del 2017 in epigrafe, il TAR respingeva il ricorso, condannando la ricorrente alle spese di giudizio.

La sentenza affermava che per il principio di conservazione degli atti non è annullabile la delibera di modifica della pianta organica delle farmacie adottata dal Consiglio comunale, anziché dalla Giunta, tenuto conto che trattasi di un atto di natura pianificatoria, che in via generale compete al Consiglio, salvo la deroga specifica nella materia, e tenuto conto che alla deliberazione del Consiglio comunale hanno partecipato con voto favorevole tutti i componenti della Giunta, in quanto anche consiglieri comunali, rendendo così superflua una esplicita deliberazione di Giunta che faccia proprio il provvedimento già adottato dal Consiglio comunale.

La sentenza affermava anche la competenza comunale in materia, in linea con la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, a seguito delle modifiche introdotte all'art. 2 della l. n. 475 del 1968 dall'art. 11 del D.L. 1/2012, come convertito dalla L. n. 27/2012.

Il TAR ha anche ritenuto che la verifica della distanza è questione che “non viene in rilievo nel momento della formazione della pianta organica o dell'analogo atto di pianificazione”...ma in un “momento successivo” e cioè “in quello nel quale l'autorità sanitaria autorizza l'apertura dell'esercizio farmaceutico”.

Inoltre, il TAR ha ritenuto, nel merito, non fondati i vizi dedotti di illogicità e carenza di motivazione, tenuto conto delle caratteristiche demografiche della frazione di Remedello Sotto e del disagiata collegamento viario tra le due frazioni; mentre rispettati risulterebbero i principi comunitari invocati dalla ricorrente.

3. - Avverso la sentenza propone appello la ricorrente Farmacia affermando l'erroneità e ingiustizia della decisione di cui chiede la riforma, riproponendo i motivi disattesi in primo grado.

4. - Resiste in giudizio il Comune di Remedello, di cui la parte appellante eccepisce il difetto di autorizzazione a resistere in giudizio, con memoria del 19 settembre u.s., oltre che la tardività della costituzione.

5. – Con successivo ricorso n. 2995 del 2019, la Farmacia (mutata con riferimento alla ragione sociale) impugnava dinanzi al TAR bresciano tutti gli atti relativi alla procedura di concessione

della farmacia di nuova istituzione, per un periodo di trenta anni, con procedura negoziata ex art. 36 comma 2-b del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, a partire dall'avviso esplorativo del 27 aprile 2018 e fino alla aggiudicazione definitiva adottata con determinazione del responsabile dell'area finanziaria del Comune, n. 148 del 29 agosto 2018.

La ricorrente lamentava una serie di vizi procedimentali per cui non avrebbe potuto essere esperita la procedura negoziata e l'aggiudicataria non avrebbe potuto essere ammessa a gara per difetto del requisito minimo di partecipazione, nonché vizi attinenti la stessa istituzione e localizzazione della sede farmaceutica, in assunta violazione dell'art. 104, RD 27 luglio 1934 n. 1265.

Inoltre, la ricorrente si è vista opporre illegittimamente dal Comune il parziale diniego all'accesso alla documentazione amministrativa e all'offerta tecnica ed economica della controinteressata, formulato con istanze del 5 e 6 settembre 2018.

6. – Con la sentenza n. 266 del 2019 in epigrafe, il TAR ha respinto il ricorso, confermando l'accoglimento della domanda relativa all'accesso, con compensazione delle spese di giudizio.

Il TAR ha ritenuto corretta l'utilizzazione della procedura negoziata, in relazione al valore trentennale della concessione, reputando prevalente sull'importo di euro 360.000, recato nel disciplinare di gara, l'indicazione, contenuta nell'avviso esplorativo, di euro 154.000, cui la stazione appaltante è giunta tenendo conto dell'importo dei presunti ricavi annui.

Il TAR ha ritenuto, inoltre, non sanzionabile il mancato utilizzo della centrale di committenza e sussistente il requisito minimo di partecipazione previsto dall'avviso esplorativo in capo all'aggiudicataria, in quanto società avente un oggetto sociale compatibile con l'esercizio della farmacia.

Infine, il TAR ha valutato che il criterio della distanza minima da altre farmacie, in deroga al criterio della popolazione, debba essere applicato in modo non rigido, reputando che lo stesso, attesi peraltro i criteri proconcorrenziali ormai condivisi dall'ordinamento nazionale, sia da ritenere osservato nel caso di specie, essendo possibile garantire la non interferenza tra due farmacie.

7.- Con l'atto di appello in esame, la ricorrente Farmacia deduce l'ingiustizia ed erroneità della sentenza, anche per omessa pronuncia su punti salienti della controversia, chiedendone la riforma per i medesimi motivi disattesi in primo grado.

Con memoria depositata il 2 maggio 2019, si è costituito il Comune di Remedello, insistendo per il rigetto dell'appello e contestando tutte le deduzioni avversarie, anche alla luce di quanto relazionato da ultimo dall'Ufficio tecnico a proposito della distanza carrozzabile più breve (non in linea d'aria) di mt. 3.047 tra la farmacia del ricorrente e la nuova farmacia comunale (cfr. memoria del 17 settembre 2019 e doc. 5), fermo il difetto di interesse per quanto riguarda il mancato rispetto delle distanze dalla farmacia avente sede nel Comune di Casalmoro.

8.- All'udienza pubblica del 3 ottobre 2019, le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

1.- Preliminarmente, il Collegio dispone la riunione degli appelli in epigrafe, connessi sotto il profilo oggettivo e soggettivo, ai sensi dell'art. 70 c.p.a..

2.- L'appello n.r.g. 4305 del 2017 è infondato.

2.1.- Pregiudizialmente, va rigettata l'eccezione sollevata dall'appellante, con memoria del 20 settembre 2019, di difetto di legittimazione a resistere in capo al Comune per mancanza della necessaria autorizzazione.

Il Collegio osserva che nel nuovo ordinamento delle autonomie locali, di cui al D. Lgs. 18/8/2000 n. 267 - salva diversa previsione dello statuto comunale o dei regolamenti a cui il medesimo faccia espresso rinvio - la rappresentanza legale dell'ente compete al Sindaco, il quale non necessita di preventiva autorizzazione ad agire o a resistere in giudizio (Cons. Stato, sez. IV, 21/09/2015, n.4395; Sez. VI, 9/6/2006 n. 3452; Cass. Civ. SS. UU. 27/6/2005 n. 13710).

2.2. - Quanto all'eccezione di tardività della memoria del Comune, depositata il 17 settembre 2019, a fronte del perfezionarsi della notifica del ricorso in data 8 giugno 2017, il Collegio osserva che non risulta osservato il termine di sessanta giorni dal perfezionarsi della notifica per la costituzione in giudizio.

Tuttavia, nel processo amministrativo il termine di costituzione delle parti intimare, stabilito dall'art. 46 c.p.a., non ha carattere perentorio, essendo ammissibile la costituzione della parte sino all'udienza di discussione del ricorso.

Nel caso di costituzione tardiva, come nella fattispecie, la parte incorre nelle preclusioni e nelle decadenze dalle facoltà processuali di deposito di memorie, sì che la costituzione è in tal caso ammessa nei limiti delle difese orali dovendo, per converso, essere stralciati dagli atti del giudizio le memorie ed i documenti depositati tardivamente, dei quali non si tiene conto ai fini del decidere (Consiglio di stato, Sez. III 15/03/2016, n.1038).

2.3.- Con un primo motivo la ricorrente assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto non annullabile la delibera impugnata nonostante la fondatezza del vizio di incompetenza dedotto, secondo cui la delibera avrebbe dovuto essere adottata dalla Giunta e non dal Consiglio comunale.

L'appellante rileva come non può trovare applicazione l'art. 21 octies, comma 2, della l. 241 del 1990 trattandosi di atto discrezionale, derogatorio rispetto al sistema; rileva anche che l'atto consiliare non è stato convalidato e non era convalidabile con atto di Giunta, e non può invocarsi il principio di conservazione degli effetti dell'atto amministrativo illegittimo poiché l'individuazione e relativa localizzazione della nuova sede farmaceutica non è mai intervenuta.

Inoltre, trova applicazione l'art. 104 TULS che attribuisce alla Regione, ex art. 117 comma 3 della Costituzione, il potere di istituire le nuove farmacie in deroga ai criteri normativi topografico e demografico, quando particolari esigenze in rapporto alle condizioni topografiche e di viabilità lo richiedono, nei comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti.

Tale competenza regionale, concernente l'istituzione di nuove sedi farmaceutiche nell'ambito dell'ordinario procedimento di revisione della pianta organica, è confermata dalla legge regionale Lombardia n. 33 del 2009, art. 79.

L'appellante invoca un precedente di questa Sezione (sentenza n. 5607 del 9.12.2015) che ricostruendo il quadro normativo a ridosso della modifiche introdotte dal D.L. 1/2012, convertito con modifiche dalla legge n. 27 del 2012, riteneva di competenza regionale l'istituzione di una farmacia col criterio topografico, in quanto l'art. 104 del TULS non è stato modificato.

2.4.- Il Collegio osserva che la giurisprudenza più recente della Sezione, alla luce anche dell'interpretazione del quadro normativo fornita dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 255 del 31 ottobre 2013), ritiene che le disposizioni legislative vigenti prima dell'entrata in vigore D.L. n. 1 del 2012 - che assegnavano alle Regioni la competenza alla formazione e alla revisione della pianta organica delle farmacie, ai concorsi per l'assegnazione delle sedi stesse, alla vigilanza sulla efficienza del servizio di assistenza farmaceutica e all'adozione di provvedimenti di decadenza -, devono ritenersi superate dal nuovo assetto normativo, sicché lo strumento pianificatorio (in passato denominato pianta organica) non è più configurato come atto complesso che si perfezioni con il provvedimento di un ente sovracomunale (la Regione ovvero la Provincia), bensì come un atto di esclusiva competenza del Comune (e per esso della Giunta), e ciò tanto nella prima applicazione del D.L. n. 1 del 2012, quanto nelle successive revisioni periodiche (Consiglio di Stato, Sez. III, 22/05/2019, n.3338; 02/05/2016 n. 1658).

La scelta del Legislatore statale di attribuire ai Comuni il compito di individuare le zone in cui collocare le farmacie risponde all'esigenza di assicurare un ordinato assetto del territorio, corrispondente agli effettivi bisogni della collettività locale, ossia alla finalità, enunciata dall'art. 11 della l. n. 27 del 2012, di assicurare un'equa distribuzione delle farmacie sul territorio, tenendo, altresì, conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate.

Per questo motivo, l'individuazione e la localizzazione delle sedi farmaceutiche sono connesse ai compiti di pianificazione urbanistica attribuiti ai Comuni, enti appartenenti ad un livello di governo più prossimo ai cittadini, in piena coerenza con il principio costituzionale della sussidiarietà verticale (Consiglio di Stato, Sez. III, 02/05/2016, n.1658).

Fatta eccezione per i casi di esplicita attribuzione da parte del Legislatore alle Regioni e alle Province autonome dell'istituzione di farmacie localizzate in determinati siti (stazioni ferroviarie, aeroporti, etc.), che per la loro specifica funzione hanno rilevanza ultra comunale, va esclusa una residua competenza della Regione, anche ai sensi delle normative regionali, trattandosi di materia della tutela della salute, di competenza concorrente dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Costituzione, e considerato che la determinazione del livello di governo competente per la localizzazione delle sedi farmaceutiche è da ritenersi principio fondamentale della materia, per cui ne è preclusa la modificazione da parte del legislatore regionale, le cui disposizioni contrastanti devono ritenersi tacitamente abrogate (Consiglio di Stato, sez. III, n. 5446/2017).

Tali affermazioni sono state confermate dalla successiva e costante giurisprudenza della Sezione (652/2017; 2553/2018; 4138/2018 e 6757/2018).

2.5.- Per quanto riguarda le previsioni dell'art. 104 del TULS, come modificato dall'art. 2 della l. 362 dell'8.11.1991 (norme di riordino del settore farmaceutico), l'interpretazione sistematica e logica fin qui seguita fa ritenere che sia venuta meno, in favore della competenza generale del Comune, anche la competenza regionale prevista dal citato art. 104 ad istituire nuove farmacie nel rispetto della distanza di almeno 3000 metri dalle farmacie esistenti, in deroga al criterio demografico di cui all'art. 1 della l. 2 aprile 1968, nei comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti, quando particolari esigenze dell'assistenza farmaceutica in relazione alle condizioni topografiche e di viabilità lo richiedono.

In applicazione di tale ricostruzione normativa, deve ritenersi competente il Comune a deliberare circa la nuova sede farmaceutica nel Comune di Remedello Sotto, ai sensi del criterio derogatorio di cui all'art. 104 TULS.

2.6.- Per quanto riguarda il profilo dell'incompetenza del Consiglio comunale, il Collegio condivide le considerazioni del primo giudice.

Trattasi di vizio che può ritenersi sanato nella specifica fattispecie dalla singolare circostanza della presenza, in questo piccolo Comune, di tutti i membri della Giunta alla seduta consiliare del 29 luglio 2016 in cui fu adottata la delibera n. 22/2016 impugnata, in quanto i componenti la Giunta sono anche consiglieri comunali.

In ogni caso, con delibera n. 81 del 19 ottobre 2016, la Giunta comunale nel conferire l'incarico di difesa e rappresentanza al legale del Comune, ha altresì recepito e approvato il contenuto della delibera del Consiglio comunale n. 22 del 2016.

3.- Con altro motivo di appello, la ricorrente Farmacia si duole del mancato rispetto della distanza rispetto alla sede farmaceutica di Casalmoro, oltre che dalla propria sede, asserendo che la sentenza avrebbe errato nel non riconoscere la propria legittimazione a far valere il vizio così come formulato.

Inoltre, la Farmacia critica nel merito la scelta di istituire la nuova sede, perché illogica e fondata su dati di fatto travisati, come dimostrerebbe la perizia prodotta in giudizio.

Il Comune di Remedello si trova nella pianura padana, senza alcun rilievo altimetrico che possa rendere difficoltoso il percorso per raggiungere l'attuale unica farmacia, che è aperta sei giorni su sette e offre un servizio efficiente ed adeguato alle esigenze della intera popolazione residente.

Le tesi del comune sarebbero state acriticamente recepite dal TAR senza che siano rappresentate nel provvedimento, ma per la prima volta nel corso del giudizio.

3.1. Il Collegio osserva che, come deciso dal TAR, non sussiste l'interesse in capo alla Farmacia ricorrente di dolersi del mancato rispetto delle distanze della nuova sede dalla farmacia sita nel Comune di Casalmoro, alla quale fa capo semmai l'interesse "personale" al rispetto delle distanze dal proprio esercizio.

Comunque, la verifica del rispetto delle distanze dalla sede individuata per il nuovo esercizio farmaceutico viene in rilievo non nel momento attuale della formazione della pianta organica, ma nel momento successivo in cui l'autorità sanitaria autorizza l'apertura dell'esercizio farmaceutico.

Tale verifica, peraltro, ha formato oggetto dell'altro contenzioso all'esame del Collegio, n.r.g. 2995/2019, riguardante la concessione della farmacia; il Comune ha depositato in quel giudizio un recente atto dell'Ufficio Tecnico che accerta in modo non approssimativo la effettiva distanza carrabile tra la Farmacia "Galassi" e la nuova sede istituenda, risultando rispettato il limite di 3.000 metri (cfr doc. 5 produzione documentale del Comune depositata il 12 settembre 2019).

4.- Infine, va ribadita, la ratio della programmazione e della revisione delle piante organiche degli esercizi commerciali delle farmacie, la quale più che diretta ad evitare la proliferazione delle stesse e a salvaguardare le condizioni economiche di ciascun esercizio commerciale, risiede nella diversa esigenza di carattere pubblico di assicurare l'ordinata copertura di tutto il territorio al fine di agevolare la maggiore tutela della salute ai cittadini.

Ed in considerazione di questo stesso fine il legislatore ha inteso aggiungere al parametro del dato numerico della popolazione - quale criterio per la determinazione del numero di farmacie per ciascun comune - anche la considerazione delle "condizioni topografiche e di viabilità", consentendo l'istituzione di un'altra farmacia, distante almeno 3.000 metri da quelle esistenti. (Corte Cost. n. 4 del 09/01/1996).

Il rispetto di tale distanza, peraltro, non può intendersi in modo rigido; proprio in base alla giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia CE n. 570 del 1° giugno 2010), spetta al giudice nazionale verificare se le regole che pongono limiti all'apertura delle farmacie siano compatibili a consentire l'erogazione di un servizio adeguato con l'obiettivo di contemperare

le riserve stabilite dal legislatore in favore dei farmacisti con la tutela della salute pubblica (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 862 del 9.2.2011).

Secondo la citata sentenza della Corte di Giustizia, cui era stata formulata una questione interpretativa pregiudiziale riguardante il richiamato art. 104 TULS, al fine di raggiungere in modo coerente e sistematico l'obiettivo di assicurare un servizio farmaceutico adeguato, le autorità competenti potrebbero perfino essere indotte ad interpretare la regola generale nel senso che è possibile autorizzare l'apertura di una farmacia a distanza inferiore alla distanza minima non solo in casi del tutto eccezionali, ma ogni volta che la rigida applicazione della regola generale rischi di non garantire un accesso adeguato al servizio farmaceutico.

Non è illogico che, in tale ottica, il Comune di Remedello, tenuto conto della conformazione del proprio territorio, della viabilità e delle caratteristiche della popolazione residente nella frazione di Remedello Sotto, abbia deliberato l'istituzione di una nuova Farmacia.

Come si legge nella stessa perizia di parte, il territorio del Comune è suddiviso in "due centri maggiori, denominati "Remedello Sopra" (capoluogo) e "Remedello Sotto" (frazione), oltre una frazione minore denominata "villaggio Giustino" e all'insieme delle cascine denominato "case sparse".

Il Comune ha inteso tener conto delle esigenze della popolazione anziana residente nelle zone lontane dal centro, e risulterebbe (dalla medesima perizia) che tale fetta di popolazione sia stata nel 2016 almeno il 20% rispetto all'intera percentuale di "over 65" residenti complessivamente nel comune.

La frazione dista 2 Km dal centro cittadino, collegata da una strada provinciale a due corsie e da una pista ciclabile da poco realizzata; ma come emerge dal dibattito consiliare, si tratta di una "strada isolata nei campi", che per quanto facilmente percorribile anche a piedi, rappresenta comunque un disagio per una popolazione non giovane e, comunque, per una persona non in salute.

In disparte ogni rilievo circa l'efficienza della farmacia appellante, il miglioramento del servizio per l'utenza che deriverebbe dall'apertura della nuova sede dislocata nella frazione appare *ictu oculi* innegabile.

5.- L'appello n.r.g. 4305/2017 va, pertanto, respinto e, per l'effetto, va dichiarata legittima la delibera consiliare n. 22 del 2016.

6.- Con riguardo alla prima censura svolta dall'appellante nel ricorso n.r.g. 2995/2019, proposto avverso la sentenza n. 266/2019, che ha dichiarato legittimi gli atti della procedura di scelta del concessionario della nuova farmacia, il Collegio ritiene di dover disporre istruttoria.

La Farmacia ricorrente lamenta la violazione dell'art. 167, comma 1, D.lgs. n. 50 del 2016, concernente la determinazione del valore dell'appalto ai fini della scelta della procedura, denunciando il fatto che l'importo posto a base di gara sia stato determinato dal Comune in

misura errata onde far rientrare la fattispecie nelle ipotesi di procedura negoziata, anziché ricondurla tra le ipotesi necessitanti la gara aperta (o ristretta).

Difatti, dagli atti depositati emerge che mentre nell'avviso esplorativo il Comune indicava l'importo della concessione in euro 154.000 annui (da moltiplicare per i 30 anni della concessione), nel paragrafo 3.4 del disciplinare di gara indicava, dapprima, il valore annuo di 360.000 euro e, poi, il valore annuo di 154.000 euro.

Il Comune, nei propri scritti difensivi, rilevava semplicemente la "non felice redazione" dell'art. 3.4 del disciplinare di gara.

La sentenza appellata ha risolto la contraddizione riportando l'articolo del disciplinare all'avviso esplorativo (ove è indicato l'importo di euro 154.000 annui) e ritenendo il minor importo più attendibile sulla base di una analitica considerazione dei ricavi denunciati dalla stessa Farmacia appellante, storicamente presente nel medesimo territorio.

6.1. - Il Collegio ritiene necessario che il Comune chiarisca se trattasi di errore materiale, o, in caso contrario, quali siano i motivi della indicazione di due diversi importi.

Si chiede, inoltre, che venga documentato l'iter istruttorio e logico seguito per pervenire alla valutazione della concessione e alla stima del fatturato totale del concessionario per tutta la durata del contratto quale corrispettivo del servizio oggetto della concessione.

A tal fine, il Collegio assegna al Comune il termine di giorni trenta per produrre la documentazione e i chiarimenti richiesti e rinvia all'udienza pubblica del 6 febbraio 2020 per l'ulteriore trattazione del merito.

Riservata ogni altra decisione in rito e sulle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, ne dispone la riunione ex art. 70 c.p.a..

Respinge l'appello n.r.g. 4305 del 2017 e, per l'effetto, dichiara legittimo l'atto impugnato.

Interlocutoriamente pronunciando sull'appello r.g.n. 2995/2019, dispone gli incumbenti istruttori di cui in motivazione, nei termini ivi indicati.

Rinvia alla pubblica udienza del 6 febbraio 2020 per l'ulteriore trattazione della causa nel merito, riservata ogni altra decisione in rito e sulle spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE
Paola Alba Aurora Puliatti

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO