



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 Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 508 del 2011, proposto da:  
LUIGI GUIDI, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Iacomelli,  
con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Branca in Brescia, via  
Aleardi 20/A;

***contro***

COMUNE DI ORIO AL SERIO, rappresentato e difeso dall'avv.  
Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso l'avv. Elena  
Pagani in Brescia, via Gramsci 30;

***nei confronti di***

FARMACIA STAZIONE GARIBALDI DI DAVIDE POLIZZI &  
C. SAS, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Cavallaro e  
Rinaldo Frau, con domicilio eletto presso il secondo in Brescia, via  
Diaz 9;

***per l'annullamento***

- della determinazione del responsabile del Settore Servizi di Polizia Locale n. 386 del 30 novembre 2009, con la quale (a) sono stati approvati i verbali della gara per la scelta del socio privato di minoranza per la gestione della farmacia comunale istituita presso l'aeroporto di Orio al Serio, (b) è stata individuata quale aggiudicataria la ditta classificatasi al terzo posto (Farmacia Stazione Garibaldi di Salsi Enzo & C. sas);  
con domanda di risarcimento in forma specifica o per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Orio al Serio e di Farmacia Stazione Garibaldi di Davide Polizzi & C. sas;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2011 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Orio al Serio con deliberazione consiliare n. 21 del 31 luglio 2009 ha deciso di costituire una società a responsabilità limitata denominata "Farmacia Comunale dell'Aeroporto" per l'attivazione e la gestione della farmacia situata all'interno del sedime aeroportuale. Di tale farmacia il Comune è e rimane l'unico titolare in base alla prelazione esercitata nel 2007: la costituenda società è considerata

soltanto uno strumento di gestione. Per quanto riguarda il capitale sociale della nuova società, la predetta deliberazione stabilisce che la quota maggioritaria (51%) rimanga al Comune e che la quota restante sia assegnata a un socio privato (dotato di capacità imprenditoriali, esperienza tecnica e risorse economiche) da scegliere mediante procedura a evidenza pubblica.

2. Lo statuto della nuova società prevede (art. 1) che la partecipazione del socio privato sia limitata a un periodo di 12 anni, al termine del quale dovrà essere indetta una nuova procedura a evidenza pubblica per l'individuazione di un nuovo socio. La quota del socio uscente verrà contestualmente liquidata in base al prezzo stabilito da un perito di comune fiducia o scelto, in caso di disaccordo, dal presidente dell'Ordine dei farmacisti di Bergamo.

3. In esecuzione delle direttive consiliari la giunta comunale con deliberazione n. 169 del 18 settembre 2009 ha approvato il bando per l'individuazione del socio privato. Ai fini dell'aggiudicazione è stato scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163. Alla procedura sono state ammesse, oltre alle persone fisiche, le società aventi quale oggetto sociale la gestione di farmacie.

4. Nella riunione del 3 novembre 2009 la commissione giudicatrice ha esaminato le quattro offerte pervenute stilando la seguente graduatoria: (a) al primo posto con 75 punti l'offerta congiunta presentata dal dott. Enrico Agazzi, dalla dott. Carmela Neotti e dal dott. Pietro Neotti; (b) al secondo posto con 68 punti il dott. Simone

Brizzi; (c) al terzo posto con 52,5 punti la società Farmacia Stazione Garibaldi di Salsi Enzo & C. sas; (d) al quarto posto con 35 punti il dott. Luigi Guidi, attuale ricorrente.

5. La commissione ha aggiudicato provvisoriamente la gara ai presentatori dell'offerta classificatasi al primo posto, riservandosi però di verificare l'obiezione verbalizzata dal dott. Guidi circa l'inammissibilità dell'offerta in quanto presentata in forma congiunta da più persone fisiche. Dopo aver acquisito il parere di due legali la commissione ha sciolto la riserva in senso negativo escludendo l'offerta e aggiudicando la posizione di socio privato al dott. Brizzi, che seguiva in graduatoria. Quest'ultimo peraltro ha rinunciato all'aggiudicazione, e conseguentemente il Comune con determinazione del responsabile del Settore Servizi di Polizia Locale n. 386 del 30 novembre 2009, approvando gli atti di gara, ha individuato quale aggiudicataria la società classificatasi al terzo posto.

6. I presentatori dell'offerta esclusa hanno proposto impugnazione al TAR Brescia, ma il ricorso è stato respinto con sentenza breve n. 713 dell'11 febbraio 2010, che ha ritenuto non conforme al bando di gara la formulazione di un'offerta collettiva da parte di più persone fisiche. A questo punto, usciti i primi due concorrenti in graduatoria, il confronto si è spostato tra la società classificatasi al terzo posto e il dott. Guidi che occupa il quarto posto.

7. In data 12 novembre 2009 il dott. Guidi aveva già chiesto al Comune copia di tutta la documentazione relativa alla gara (buste A-B-C, verbali, atto di nomina della commissione). Il Comune con nota

del responsabile del Settore Servizi di Polizia Locale del 15 dicembre 2009 (spedita il 17 dicembre 2009) ha trasmesso quanto richiesto. Gli uffici comunali affermano che nel plico contenente la documentazione richiesta sarebbe stata inclusa anche la determinazione n. 386/2009, adottata successivamente alla domanda di accesso. Di tale inserimento manca tuttavia una prova documentale (non è neppure stato compilato un elenco dei documenti trasmessi).

8. Contestualmente il Comune ha fornito al dott. Guidi anche alcune informazioni sulla conclusione della gara. Più precisamente, il segretario generale con nota del 15 dicembre 2009, rispondendo a un sollecito relativo alla domanda di accesso, ha garantito che gli uffici competenti stavano provvedendo, e ha inoltre comunicato che era stata adottata la determinazione n. 386/2009 avente ad oggetto l'approvazione dei verbali e l'aggiudicazione definitiva. Tale determinazione non risulta però allegata.

9. Poco dopo con determinazione n. 55 dell'8 febbraio 2010 il responsabile del Settore Servizi di Polizia Locale ha svincolato la cauzione provvisoria prestata dal dott. Guidi, accogliendo una richiesta di quest'ultimo. Le premesse del provvedimento richiamano tra l'altro la determinazione n. 386/2009 e l'aggiudicazione intervenuta a favore della società Farmacia Stazione Garibaldi di Salsi Enzo & C. sas.

10. Il dott. Guidi, affermando di non aver mai ricevuto copia della determinazione n. 386/2009, ne ha richiesto copia con una seconda istanza di accesso trasmessa il 2 febbraio 2011, alla quale il Comune

ha ottemperato il 23 febbraio 2011. In allegato è stata trasmessa anche copia del contratto di gestione della farmacia sottoscritto il 25 agosto 2010.

11. Contro la determinazione n. 386/2009 il dott. Guidi ha presentato impugnazione con atto notificato il 5 aprile 2011 e depositato il 12 aprile 2011. Il ricorrente ha chiesto anche il risarcimento in forma specifica o per equivalente. Le censure sono così sintetizzabili: (i) violazione dell'art. 7 della legge 8 novembre 1991 n. 362, in quanto la controinteressata, essendo una società di persone, incorrerebbe in una serie di limiti e non potrebbe assumere né la funzione di socio investitore né quella di socio di capitali; (ii) violazione del principio di immodificabilità dell'offerta a causa del mutamento della ragione sociale della controinteressata dopo l'aggiudicazione definitiva; (iii) violazione del punto 11 del bando di gara, nella parte in cui descrive le caratteristiche del progetto di gestione della farmacia, per quanto riguarda le immobilizzazioni materiali e immateriali; (iv) violazione del punto 11 del bando di gara, nella parte in cui richiede una fideiussione pari al valore dell'arredamento; (v) violazione del punto 4 del bando di gara, nella parte in cui prescrive che l'offerta economica sia versata entro 30 giorni dall'aggiudicazione definitiva; (vi) commistione tra requisiti di prequalificazione e criteri di valutazione dell'offerta tecnica, e comunque erronea attribuzione dei punteggi alle offerte del ricorrente e della controinteressata (relativamente alla consegna a domicilio dei farmaci per i soggetti ultrasessantacinquenni, alla qualità del progetto, ai tempi di avvio del servizio, agli sconti sui farmaci, al

contributo una tantum).

12. Il Comune e la controinteressata Farmacia Stazione Garibaldi di Davide Polizzi & C. sas si sono costituiti in giudizio eccependo la tardività del ricorso e chiedendone la reiezione nel merito.

13. A proposito dell'eccezione di tardività si osserva quanto segue:

(a) il ricorrente si era collocato inizialmente al quarto posto e dunque non si poteva esigere nei suoi confronti una particolare sollecitudine nella richiesta di copia degli atti di gara, in quanto la prospettiva dell'aggiudicazione era alquanto lontana. In effetti l'onere dell'impegno in un contenzioso contro le aspettative di ben tre soggetti poteva ragionevolmente apparire eccessivo e poco promettente;

(b) molto diversa si è però presentata la situazione dopo che la commissione ha escluso il gruppo di soggetti che occupavano il primo posto in graduatoria, e dopo che il secondo classificato ha rinunciato all'aggiudicazione. La nuova graduatoria, con la ricostruzione delle vicende sopravvenute, è stata approvata mediante la determinazione n. 386/2009. Il Comune sostiene che tale provvedimento sarebbe stato trasmesso al ricorrente ancora il 17 dicembre 2009, ma non esiste una prova documentale dell'inclusione nel plico con il resto degli atti di gara. A tale mancanza non è possibile sopperire mediante le dichiarazioni dei funzionari degli uffici comunali che hanno curato la domanda di accesso del ricorrente o che hanno avuto contatti telefonici con lo stesso, essendovi un evidente contrasto sotto questo profilo tra la posizione di testimone e quella derivante

dall'immedesimazione con l'ente pubblico che è parte in causa;

(c) è vero che alla determinazione n. 386/2009 fanno rinvio altri due atti sicuramente ricevuti dal ricorrente (la nota del segretario generale del 15 dicembre 2009 e la determinazione di svincolo della cauzione provvisoria dell'8 febbraio 2010) ma questo tipo di informazioni non basta a fornire la piena conoscenza del contenuto lesivo e quindi non fa scattare il termine di proposizione del ricorso;

(d) l'inerzia mantenuta in seguito per quasi un anno dal ricorrente (ossia fino alla seconda istanza di accesso del 2 febbraio 2011) non è motivata, e in effetti non appare neppure del tutto giustificabile, perché dopo lo svincolo della cauzione provvisoria il ricorrente sapeva che la gara era stata aggiudicata al soggetto che immediatamente lo precedeva in graduatoria, e dunque l'interesse a contestare tale aggiudicazione era diventato più concreto anche in vista di un possibile subentro;

(e) tuttavia, se da una parte l'amministrazione non ottempera esaurientemente all'obbligo di comunicazione e dall'altra il concorrente non aggiudicatario omette di attivarsi per avere le necessarie informazioni, deve essere considerato meno grave questo secondo comportamento, sia per la regola che impone alle stazioni appaltanti di far circolare le informazioni con la massima trasparenza (sotto questo profilo l'attuale versione dell'art. 79 del Dlgs. 163/2006 è una norma che codifica principi applicabili anche in precedenza) sia perché al diritto di difesa deve comunque essere assicurata una piena tutela;



(f) il ricorso deve quindi essere considerato tempestivo per quanto riguarda il contenuto impugnatorio, mentre il ritardo rispetto agli atti di gara potrebbe eventualmente essere valutato ai fini dell'esame delle istanze risarcitorie, qualora l'aggiudicazione fosse annullata.

14. Sulle questioni di merito si possono svolgere le seguenti considerazioni:

(a) innanzitutto occorre stabilire se la controinteressata abbia la capacità giuridica di assumere la posizione di socio privato di minoranza in una società mista costituita per la gestione di una farmacia comunale (*primo motivo di ricorso*). A tale scopo devono essere esaminate le norme che regolano la gestione delle farmacie private da parte delle società, non disponendo le farmacie comunali sotto questo profilo di una disciplina di favore;

(b) l'art. 7 della legge 362/1991 (dopo le modifiche introdotte dall'art. 5 del DL 4 luglio 2006 n. 223) riserva la titolarità dell'esercizio delle farmacie private alle persone fisiche, alle società di persone e alle società cooperative a responsabilità limitata (comma 1); impone alle società quale oggetto esclusivo la gestione di una farmacia limitando la qualità di socio agli iscritti all'albo dei farmacisti (comma 2); stabilisce che la direzione della farmacia gestita da una società sia affidata a uno dei soci (comma 3); prevede che ciascuna società possa essere titolare dell'esercizio di non più di quattro farmacie ubicate nella provincia dove si trova la sede legale (comma 4-bis);

(c) dall'art. 7 della legge 362/1991 è stata invece espunta la norma limitativa (comma 6) secondo cui ciascun farmacista poteva

partecipare a una sola società;

(d) nel caso di specie una società di farmacisti (ossia la controinteressata Farmacia Stazione Garibaldi di Davide Polizzi & C. sas) avente sede legale a Milano è divenuta socio privato di minoranza in una società mista (ossia Farmacia Comunale dell'Aeroporto srl) avente sede a Orio al Serio;

(e) questa situazione non appare in contrasto con le regole limitative che all'epoca dei fatti ancora sussistevano nella materia (e che ormai si devono considerare cancellate dalla norma generale di liberalizzazione delle attività economiche contenuta nell'art. 3 commi 8 e 9 del DL 13 agosto 2011 n. 138);

(f) il punto dirimente appare la qualificazione del ruolo del socio privato all'interno della società mista. In proposito si osserva che il socio privato entra a far parte della società per un periodo di tempo predeterminato (12 anni) con il compito non solo di conferire il capitale per l'istituzione della farmacia ma anche di fornire le competenze professionali necessarie alla gestione dell'attività. Proprio alla gestione è orientata la maggior parte dei parametri di valutazione dell'offerta tecnica indicati nel bando di gara (sconti sui farmaci, consegna a domicilio per i soggetti ultrasessantacinquenni, sistema informatico di prenotazione delle visite mediche, prestazioni socio-sanitarie aggiuntive, progetto e organizzazione del servizio). E proprio per l'onerosità delle prestazioni professionali richieste al socio privato l'art. 8 comma 3 dello statuto della società mista attribuisce al medesimo i 2/3 degli utili netti di gestione. Coerentemente con

questa impostazione l'art. 25 comma 1 dello statuto riserva al consigliere di amministrazione nominato dal socio privato la funzione di amministratore delegato, con poteri di gestione comprendenti tutte le scelte manageriali e organizzative necessarie per la realizzazione degli interessi della società;

(g) l'importanza del ruolo del socio privato non deve però indurre alla conclusione che allo stesso sia conferita pro tempore anche la titolarità della farmacia. Tale posizione in realtà è collegata formalmente al provvedimento autorizzatorio (qui nella forma della prelazione esercitata dal Comune) e sostanzialmente alla quota sociale di maggioranza (riservata espressamente al Comune, il quale in base all'art. 22 comma 2 dello statuto dispone del potere di nominare due amministratori su tre);

(h) lungo queste linee si distinguono tra loro e assumono rilievo autonomo il concetto di titolarità della farmacia (derivato dall'impostazione statica tradizionale: v. art. 11 della legge 2 aprile 1968 n. 475) e quello di gestione dei servizi di farmacia (che a partire dal DL 223/2006 riflette invece la nuova visione economica dell'attività). La società mista è solo un veicolo gestionale: il soggetto che detiene la maggioranza del capitale è anche titolare della farmacia, il socio di minoranza è coinvolto solo nella gestione;

(i) i limiti che valgono (o valevano al momento della gara) per la titolarità non possono essere estesi alla gestione. Dunque, facendo ancora riferimento all'art. 7 della legge 362/1991, la controinteressata, che in quanto socio di minoranza della società mista partecipa alla

gestione ma non alla titolarità, non subisce il vincolo del numero di farmacie o quello territoriale della sede legale (entrambi stabiliti solo per la titolarità), e neppure la riserva della direzione a favore dei soci. Il comma 2 del predetto art. 7 deve essere inteso nel senso che l'oggetto esclusivo della società attiene ai servizi di farmacia, e non a una specifica farmacia. Il comma 3 ha lo scopo di regolare il potere di direzione (inteso come potere di indirizzo), che deve essere svolto da uno dei soci (non necessariamente da quello di maggioranza), mentre la posizione di direttore operativo, che costituisce uno degli elementi della gestione in concreto, può essere attribuita anche a un soggetto privo della qualità di socio. La cancellazione del comma 6 permette a ciascun farmacista (persona fisica o società) di partecipare a un numero illimitato di società in qualità di socio non titolare e di dare anche, qualora vi siano accordi in questo senso, il proprio contributo nella gestione. In questo quadro il carattere originariamente rigido della posizione di titolare di farmacia perde una parte del suo significato, mentre viene piuttosto in primo piano l'esigenza (estranea comunque al presente giudizio) di evitare che in un determinato territorio si consolidino posizioni dominanti a favore di alcuni soggetti e a scapito della concorrenza;

(j) per quanto riguarda la modifica della ragione sociale della controinteressata (*secondo motivo di ricorso*), non sembra che questo fatto possa avere conseguenze nei rapporti con il Comune o con la farmacia comunale. Nella compagine sociale della controinteressata vi è stato il 21 aprile 2010, dopo l'aggiudicazione definitiva, il subentro

in qualità di accomandatario del dott. Davide Polizzi al dott. Enzo Salsi (di qui il cambio nella denominazione). Ne è seguita in effetti una variazione delle garanzie per le obbligazioni sociali, essendo stato sostituito il patrimonio di un accomandatario con quello di un altro. Tuttavia si tratta di normali dinamiche societarie che non possono essere vietate, in quanto corrispondono a libere scelte imprenditoriali. D'altra parte non è cambiata l'identità della società (v. Cass. civ. Sez. II 29 luglio 2008 n. 20558), gli elementi dell'offerta sono rimasti invariati, e così le obbligazioni assunte. Non vi sono conseguenze neppure per la fideiussione prestata a favore del Comune (v. doc. 4.4 della controinteressata), in quanto lo schema utilizzato è quello del contratto autonomo di garanzia ex art. 113 comma 2 del Dlgs. 163/2006 con la clausola di pagamento entro quindici giorni a semplice richiesta scritta senza alcuna riserva. Tale clausola rende autonoma la garanzia fideiussoria rispetto al rapporto debitorio principale (v. Cass. civ. SU 18 febbraio 2010 n. 3947) e consente al Comune di ottenere un ristoro per l'inadempimento della società in accomandita semplice indipendentemente dalle vicende relative al soggetto che di volta in volta esercita le funzioni di accomandatario;

(k) il ricorrente sostiene poi (*terzo motivo di ricorso*) che vi sarebbe violazione del punto 11 del bando di gara, il quale richiede di inserire nel progetto di gestione della farmacia anche il preventivo analitico delle immobilizzazioni materiali e immateriali. Secondo il ricorrente questa clausola imporrebbe di elaborare in aggiunta il piano degli ammortamenti, cosa che la controinteressata non ha fatto (v. doc. 4.5

– punti 50-51). La tesi della necessità del piano degli ammortamenti non è però condivisibile. Poiché tutte le spese di allestimento della farmacia comunale sono a carico del socio privato manca il presupposto giuridico per far figurare i relativi ammortamenti nello schema di bilancio previsionale della suddetta farmacia, documento esaminato ai fini dell'aggiudicazione. Le spese di investimento sostenute per partecipare alla società mista, essendo spese proprie, troveranno invece spazio all'interno della contabilità della controinteressata;

(l) per quanto riguarda la fideiussione per l'acquisto dell'arredamento (*quarto motivo di ricorso*), si osserva che la controinteressata ha ottemperato solo in parte alla prescrizione del punto 11 del bando di gara. La fideiussione depositata dalla controinteressata copre infatti un valore pari a € 55.000, che corrisponde al costo al netto di IVA. Aggiungendo l'IVA (all'epoca al 20%) il prezzo finale dell'arredamento sale a € 66.000. Poiché la controinteressata al momento del pagamento era tenuta a versare il prezzo comprensivo di IVA la fideiussione doveva logicamente coprire la stessa cifra, per consentire la regolare conclusione dell'acquisto. Tuttavia l'errore della controinteressata non comporta l'esclusione, in quanto non si rinviene nel bando di gara un avvertimento espresso circa la sanzione dell'esclusione: il punto 12 elenca tra le cause di esclusione la mancanza della cauzione provvisoria ma non fa riferimento alle altre fideiussioni previste dalla *lex specialis*. È vero che con l'esclusione è sanzionata anche qualsiasi divergenza dell'offerta rispetto al bando di

gara, ma le formule di esclusione ad ampio spettro (ovvero confezionate mediante clausole di stile) devono essere interpretate restrittivamente (v. il principio ora codificato nell'art. 46 comma 1-bis del Dlgs. 163/2006) e dunque per ciascuna irregolarità deve essere formulato uno specifico giudizio sul carattere essenziale della stessa. Nel caso in questione l'errore sull'importo della fideiussione può essere considerato innocuo, in quanto non altera né confonde il contenuto dell'offerta ed è rimediabile in sede di stipula del contratto o nella fase di esecuzione (di fatto l'errore è risultato irrilevante, avendo la controinteressata provveduto all'acquisto);

(m) relativamente al punto 4 del bando di gara, che impone il versamento dell'offerta economica, a pena di decadenza, entro 30 giorni dall'aggiudicazione definitiva (*quinto motivo di ricorso*), si osserva che la suddetta clausola è sostanzialmente svuotata dal successivo punto 14 del bando di gara, il quale prevede che l'offerta economica sia versata entro 10 giorni dalla costituzione della società mista. Poiché la società mista è stata costituita il 14 aprile 2010 e la controinteressata ha effettuato il pagamento il giorno stesso, è stato garantito il rispetto delle regole di gara interpretate nel senso più favorevole alla partecipazione;

(n) il punto 4 del bando di gara attribuisce 10 punti (sui 60 complessivi dell'offerta tecnica) all'esperienza favorevolmente maturata in ambiti di utenza con caratteristiche assimilabili. Secondo il ricorrente vi sarebbe qui un'inammissibile commistione tra requisiti di prequalificazione e criteri di valutazione dell'offerta tecnica (*sesto*

*motivo di ricorso*);

(o) in proposito si osserva che il bando di gara richiamando (all'inizio del punto 4) il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del Dlgs. 163/2006 si è autovincolato a seguire le regole degli appalti, anche se l'attribuzione della posizione di socio privato in una società mista non ricade per sé in questa materia. Vigè quindi il divieto di commistione individuato dalla giurisprudenza comunitaria (v. C.Giust. Sez. I 24 gennaio 2008 C-532/06, Lianakis, punti 30-32). Occorre però considerare che tale divieto non deve essere inteso in senso assoluto, in quanto tra gli elementi di qualità dell'offerta possono rientrare caratteristiche aziendali connesse all'attività professionale pregressa che siano replicabili nel servizio oggetto di gara. Pur non essendo facile in concreto stabilire quando le caratteristiche aziendali acquisite attraverso l'esperienza possano essere replicate nella nuova offerta, l'attribuzione di un punteggio all'esperienza appare comunque un'opzione interpretativa preferibile rispetto alla soluzione opposta, che considerando l'esperienza unicamente come un requisito di partecipazione finisce con l'escludere del tutto dalle gare i soggetti economici presenti da meno tempo sul mercato;

(p) nello specifico, l'esperienza può essere considerata un elemento legittimamente valutabile nell'ambito dell'offerta tecnica, in quanto il socio privato deve svolgere un duplice ruolo, di impostazione della farmacia e di conduzione della stessa. Particolarmente per il primo profilo è ragionevole che il Comune possa apprezzare il progresso



svolgimento dell'attività in contesti analoghi, trattandosi di un elemento che verosimilmente si riverserà sotto forma di preparazione professionale nella nuova impresa garantendo un avvio efficiente alla farmacia di nuova istituzione;

(q) il ricorrente (*sempre nel sesto motivo di ricorso*) afferma infine che l'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica sarebbe viziata da fraintendimenti, e contesta anche l'obbligo imposto dal bando di gara di versare (quale offerta economica) un contributo una tantum al Comune;

(r) in sintesi queste censure non sono condivisibili per le seguenti ragioni: (1) relativamente alla consegna a domicilio dei farmaci, l'offerta del ricorrente ricalca la previsione del bando di gara riservando tale facilitazione ai soggetti ultrasessantacinquenni, mentre l'offerta della controinteressata amplia significativamente il servizio estendendolo a tutti coloro che ne facciano richiesta e garantendo l'assenza di interruzioni, in quanto non sono previste chiusure per ferie: appare dunque corretto attribuire un maggiore punteggio alla controinteressata in tale sottocriterio; (2) per quanto riguarda il sottocriterio riferito al progetto e all'organizzazione del servizio, la censura circa l'attribuzione del punteggio è generica, ad eccezione di alcuni argomenti che però riproducono osservazioni già presentate in altri motivi di ricorso (modifica della ragione sociale, insufficienza della fideiussione per l'acquisto dell'arredamento); (3) in riferimento ai tempi di avvio del servizio il ricorrente ha utilizzato un dies a quo indeterminato (la sottoscrizione del contratto di locazione) mentre la

controinteressata ha rinviato a un elemento fornito di maggiore precisione (la costituzione della società mista): anche in questo sottocriterio il maggior punteggio della controinteressata appare quindi giustificato; (4) in relazione agli sconti sui farmaci il ricorrente e la controinteressata hanno ottenuto lo stesso punteggio sia pure proponendo due approcci differenti (sconti su un paniere di prodotti da banco la controinteressata, sconti sui farmaci acquistati direttamente dalle case farmaceutiche il ricorrente): la commissione ha evidentemente apprezzato i benefici per la collettività di entrambe le soluzioni evitando ragionevolmente di stabilire una più precisa scala di convenienza, essendo i rapporti tra le farmacie e le case farmaceutiche (e i grossisti) condizionati da fattori complessi e variabili nel tempo; (5) la richiesta di un contributo una tantum è una prassi diffusa e considerata legittima nella materia dei servizi pubblici, in particolare quando si tratta di servizi di nuova istituzione o quando il servizio viene reimpostato con modalità del tutto diverse dal passato.

15. In conclusione il ricorso deve essere respinto sia nella parte impugnatoria sia relativamente alle domande risarcitorie. La complessità di alcune questioni consente l'integrale compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

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

definitivamente pronunciando, respinge il ricorso. Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Mauro Pedron, Presidente FF, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnolli, Primo Referendario

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/01/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)