



Comune di
Foiano della Chiana

VERBALE PER L'APERTURA DELLE BUSTE RELATIVO ALLA GARA PER LA CESSIONE DELLA FARMACIA COMUNALE POSTA IN FOIANO DELLA CHIANA IN FRAZIONE POZZO DELLA CHIANA

Alle ore 11:35 del giorno 24/11/2017, presso i locali del Comune di Foiano della Chiana e nello specifico presso la stanza del Segretario Generale posta al primo piano del palazzo, si procede allo svolgimento della gara suddetta.

Sono presenti i Signori:

1. Dottori Roberto, Segretario Generale, Presidente ed unico componente del seggio di gara depupato alla valutazione delle offerte che si svolge unicamente mediante rialzo economico (in analogia a quanto previsto dall'articolo 77 comma 1 del D.Lvo 50/2017 per le ipotesi di valutazione della sola offerta economica)
2. Luca Mazzi, testimone
3. Simone Vigliuzzi, testimone
4. Mara Poggiani, Segretaria della commissione di gara

Sono inoltre presenti, per come identificati dalla Segretaria della Commissione, i signori:

1. Dott. Moccia Francesco
2. Dott. Bainsi Lorenzo, accompagnato dall'Avv. Zampi Nicoletta e dal Dott. Manente Luciano

Il Segretario Generale rammenta ai concorrenti l'operatività del sistema di gara, che prevede una fase articolata nell'apertura delle buste che si svolge in questa fase ed è determinata alla luce dei contenuti delle offerte economiche, che verranno valutati all'esito del vaglio di ammissibilità preliminare da operare con riferimento alla busta A, contenente documentazione amministrativa e cauzione. Successivamente all'aggiudicazione provvisoria, a favore del concorrente che ha effettuato la migliore offerta economica, si procede alla pubblicazione di uno specifico avviso (notificato ai concorrenti) che renderà edotta la possibilità di riaprire la gara e richiedere, previa offerta migliorativa del concorrente non aggiudicatario, lo svolgimento di una seconda fase di gara davanti al banditore (con aggiudicazione finale a favore del concorrente che ha formulato la migliore offerta finale). Tale procedura è compiutamente descritta nel Bando di Gara, che viene allegato sotto la lettera c) al presente verbale.

Dopo tale illustrazione si procede all'apertura dei due plichi, partendo da quello giunto per primo al protocollo dell'Ente ovvero del concorrente Moccia. Tale operazione è preceduta da uno specifico invito a visionare la corretta chiusura della buste esterne dei due concorrenti, la loro integrità ed il loro aspetto esterno.

Le buste del primo concorrente vengono ritenute corrette e si procede all'apertura della prima busta generale, ove al suo interno di rilevano due buste A (amministrativa) e B (offerta economica), ritenute anch'esse integre e corrette. Tutte le tre buste del concorrente Moccia sono sottoscritte su tutti i lembi e non solo su quello principale di inserimento, e debitamente sigillate con ceralacca. La busta A contiene la prescritta dichiarazione del concorrente, con il modello A3 allegato agli atti di gara, ed un versamento mediante bonifico della cauzione di euro 62.865,63. Il seggio di gara anticipa che ritiene la documentazione di gara corretta, ma sul punto l'Avvocato Zampi (per conto del concorrente Bainsi) solleva una questione di compatibilità del concorrente che risulta anche titolare di una ditta individuale che gestisce altra farmacia (tematica attinente la partecipazione alla

Mara Poggiani

Luca Mazzi

Simone Vigliuzzi

Roberto



Comune di
Foiano della Chiana

gara di una società a responsabilità limitata ed alla titolarità di una farmacia come ditta individuale). Il Segretario Generale inizia a scrivere di suo pugno quanto affermato dal concorrente Baini, per costituire il testo di una dichiarazione puntuale, che viene poi completata dall'Avvocato Zampi nei termini di quanto risulta dall'allegato a) del presente verbale, con a sua volta allegate le visure camerali espressamente indicate e fisicamente prodotte dal legale.

Il concorrente Moccia si oppone a tale ricostruzione, con motivazioni relative alla sostanza di quanto contestato, e sorge un breve dibattito tra i presenti, e durante tale fase lo stesso si allontana per telefonate dal suo cellulare e confronti con soggetti esterni (presumibilmente il suo legale). Tale confronto, che assume a tratti il carattere di un iniziale scontro verbale, viene bruscamente interrotto.

Dopo un brevissimo momento di riflessione, si decide di proseguire l'esame della documentazione amministrativa confermando il primo orientamento ma demandando la valutazione finale al termine della complessiva valutazione delle due documentazioni amministrative pervenute. Si ritiene necessario infatti valutare unitariamente ed all'esito di un quadro complessivo delle problematiche sollevate il tema dell'ammissibilità, ritenendo che tale apertura delle offerte non pregiudichi segretezza delle offerte, correttezza della procedura e risulti inoltre compatibile con ogni determinazione al riguardo, compresa l'apertura o meno delle offerte economiche.

Si procede quindi all'apertura della seconda busta fatta pervenire dal concorrente Baini, dopo invito a valutare la corretta chiusura ed integrità della stessa. Il concorrente Moccia solleva dubbi su tale corretta chiusura della busta, per come indicato nel documento da lui predisposto di cui all'allegato b). Lo stesso procede inoltre ad effettuare alcune foto di tutte le tre buste del concorrente Baini, tutte sottoscritte unicamente sul lembo di chiusura "a sacchetto" o lembo principale di inserimento, ma non sottoscritte sul lato di fondo delle buste. Le suddette buste sono inoltre prive di ceralacca, ma unicamente sottoscritte. Anche su questo secondo aspetto nasce un inizio di scontro verbale tra i due concorrenti, con l'uscita temporanea del Sig. Baini e l'intervento, a tacitazione delle opposte rimostranze, del Segretario Generale. Le buste vengono ritenute corrette, in questa fase, e si procede all'apertura della prima busta generale, ove al suo interno di rilevano due buste A (amministrativa) e B (offerta economica), ritenute anch'esse integre e corrette. La busta A contiene la prescritta dichiarazione del concorrente, con il modello A1 allegato agli atti di gara, e la presentazione di una garanzia fideiussoria rilasciata dalla Banca CR Firenze S.p.A di euro 62.865,63.

Al termine di tale seconda operazione, al fine di valutare compiutamente le due doglianze formulate dai concorrenti, si prende quindi atto della necessità di compiere una valutazione unitaria a conferma, o meno, delle prime indicazioni assunte nell'immediatezza della valutazione (che come emerge dal presente verbale hanno portato ad una prosecuzione dei lavori di gara in forma riservata).

Inizia quindi una riunione riservata (ore 12:05 circa) e vengono fatti allontanare i concorrenti, i loro accompagnatori e professionisti a supporto, e i lavori proseguono alla sola presenza del Segretario Generale, del Dott. Mazzi, del Dott. Vigliuzzi e della Segretaria della Commissione Rag. Poggiani.

Preliminarmente occorre rammentare che la valutazione e relativa interpretazione delle clausole di gara, avvengono alla luce dell'Avviso di Gara che codifica con esattezza ed in via preventiva l'orientamento da seguire, individuando in quello volto a favorire la massima partecipazione dei concorrenti. Tale interpretazione, esplicitata come detto nel disciplinare, viene ribadita più volte ed

Maria Poggiani

Stefano

Stefano

Stefano



Comune di
Foiano della Chiana

espressamente anche in sede di chiarimenti forniti a mezzo FAQ e pubblicati preventivamente dall'Amministrazione (albo on line, sezione trasparenza). Ciò appare peraltro palesemente in linea con i principi codificati dalla giurisprudenza, ad esempio mediante la sentenza del Cons. Stato Sez. V, 30-10-2017, n. 4969 (che richiede una espressa previsione di esclusione ed il preventivo ricorso ad operazioni ermeneutiche prima di procedere all'esclusione) o con la sentenza Cons. Stato Sez. V, 05-10-2017, n. 4644 per la quale *"A fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale"*.

Alla luce di tali principi si procede alla valutazione delle due doglianze formulate dai due concorrenti in sede di apertura delle buste, che risultano dai due documenti allegati al presente verbale (lettere a) e b) e relativi allegati, che attengono rispettivamente:

1. alla presunta incompatibilità del concorrente Moccia, la cui partecipazione alla società Moccia srl risulterebbe incompatibile con la titolarità della Farmacia posta in Chianciano Terme, rispetto alla cui specificazione si rimanda al documento allegato, sollevata dal concorrente Bainsi;
2. alla modalità di chiusura delle buste parte del concorrente Bainsi, sollevata dal concorrente Moccia;

Relativamente alla prima contestazione, formulata dal Dott. Bainsi per il tramite del suo legale nei confronti del concorrente Moccia, il Segretario dispone la convocazione, vertendo alcuni aspetti in ambiti tecnici dell'autorizzazione, per alcuni chiarimenti del Responsabile del Servizio Commercio/Suap Giovanni De Corso, che giunge accompagnato dall'istruttrice dell'ufficio suddetto Monica Pinciani. Relativamente a tale aspetto si afferma quanto segue:

Il bando pubblicato dal Comune infatti relega e demanda, al momento dell'effettiva apertura della farmacia e quindi dopo il termine della presente procedura di aggiudicazione, la verifica delle condizioni di effettiva compatibilità e di possesso dei requisiti necessari. Tale orientamento si sostanzia nella posizione per cui l'aggiudicatario non dovrà essere titolare o direttore di altra farmacia, per quanto gestita da srl, al momento dell'aggiudicazione effettiva della Farmacia di Pozzo. Ciò si ricava da esatte indicazioni del bando di gara sintetizzabili, con un chiaro richiamo analogico, a seguenti concetti:

1. dal concetto per cui alla gara possono partecipare anche farmacisti laureati ma non ancora iscritti all'Albo dei Farmacisti, purchè successivamente ottengano l'iscrizione. Tale aspetto è previsto al punto D del bando (primo comma, inizio di pagina 4) dove si prevede *"per i partecipanti il possesso di iscrizione all'Albo o la concreta possibilità di ottenere l'iscrizione che potrà avvenire anche nella fase intercorrente tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto di cessione"*.
2. il trasferimento e la cessione avvengono quindi, oltre che a favore di soggetti che "potranno" ottenere il requisito finale, anche senza possederlo alla data di presentazione dell'offerta, che sarà valutato alla data di effettiva cessione e con valutazioni anche rimesse ad altri soggetti (Ordine per l'iscrizione, ASL per i requisiti);
3. dal concetto di massima partecipazione codificato in più parti dello stesso bando ma con particolare riguardo al punto I lettera IX (pagina 11)

Maria Poggioli
Bainsi
Bainsi



Comune di Foiano della Chiana

L'impianto ipotizzato nel bando, anche alla luce di quanto normalmente avviene nelle pratiche comunicate dai farmacisti che iniziano, o subentrano, nella gestione effettiva prevede la possibilità di individuare un Direttore, od un titolare, e sottoporre la valutazione dei suoi requisiti agli organi competenti, che imporranno (se del caso) una eventuale cessazione dell'attività (e tale criterio di effettività si esplicita nei chiarimenti di cui alla FAQ 1, relativa appunto alle SRL, con la dizione "...la valutazione dei concreti requisiti avverrà in sede di autorizzazione alla luce di una effettiva visione della complessiva situazione del titolare e dei componenti della società...").

Si ritiene quindi che l'eventuale aggiudicatario potrà individuare, con mera comunicazione sottoposta al solo vaglio del possesso dei requisiti professionali e morali, individuare o sostituire il direttore suddetto, senza alcun vaglio di merito da parte del comune o della ASL. Sul punto anche la trattazione della condizione di incompatibilità disposta dalla norma (articolo 8 dove si afferma che la " *La partecipazione alle società di cui all'articolo 7, salvo il caso di cui ai commi 9 e 10 di tale articolo, è incompatibile: a) nei casi di cui all'articolo 7, comma 2, secondo periodo (b) con la posizione di titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia...*) pare senza dubbio rinviare a criteri di effettività della condizione, e non di mera potenzialità. Diversamente non si spiegherebbe l'utilizzo alle dizioni di "gestione", "titolari", "attività svolta" presenti nell'articolo 7 della citata legge 362 del 1991, che attengono palesemente a concetti di conflitto reale e non meramente potenziale.

Il trasferimento della titolarità tra la farmacia individuale e la costituita srl non è ancora avvenuto e comunque, prescindendo da ciò, dovrà superarsi la condizione di incompatibilità che deriverà dall'eventuale aggiudicazione della farmacia oggetto di gara.

Si ritiene infatti che ogni riferimento al divieto suddetto debba essere inteso come riferimento alla effettiva e concreta situazione di conflitto, che la stessa giurisprudenza amministrativa esplicita con il richiamo a condizioni di effettività (e non mera potenzialità) del contrasto. A tale logica, come detto sostanziale e non formale, rispondono ad esempio gli orientamenti assunti dal Cons. Stato Sez. III, 03-02-2017, n. 474 che statutando con riferimento al contenuto de " *La formulazione dell' art. 8 della L. n. 362/1991, indicativa e comprensiva delle varie incompatibilità concernenti i singoli farmacisti, ha chiaramente la ratio...*" di applicare tale concetto di "...incompatibilità per i farmacisti persone fisiche titolari o gestori di farmacie," richiamando poi, con riferimento alla "*partecipazione societaria ad una società che ha per oggetto esclusivo la gestione di una farmacia comunale, una volta che il diritto vivente è giunto ad ammettere tale modalità di gestione.*"

Il concetto di effettività del conflitto di interessi sul quale è intervenuto il legislatore, che in questa sede viene ritenuto come effettivamente presente per una futura gestione per il possesso di una quota societaria, era già interpretato con riferimento a tali concetti in giurisprudenza. Sul punto si cita il Cons. Stato Sez. V, 06-10-2010, n. 7336 che codifica tale finalità come " essere palesemente rivolta ad evitare situazioni di conflitto di interesse (nei gestori di farmacie), che possano nascere dalla cointeressenza in attività...".

Non vi è chi non veda come i concetti utilizzati in tali statuizioni (attività, cointeressenza, gestori, gestione....) attengono ad un concetto di effettività e non a meri formalismi che si sostanziano nella mera proprietà di quote societarie, peraltro riconducibili (come da visura camerale prodotta proprio dallo stesso concorrente Bainsi tramite il suo legale) a società ancora inattive, e quindi non ancora operanti.

Ma vi è di più. La preclusione di tale partecipazione, ove si accolga la teoria prospettata dal concorrente Bainsi porterebbe a risultati davvero discutibili e certamente non in linea con una disposizione normativa che si prefigge di favorire la concorrenza. Il cd Decreto Concorrenza (Legge 04/08/2017 numero 124) finirebbe per imporre a tutti coloro che intendono partecipare ad una trattativa o gara per l'acquisto di una "seconda" farmacia di dismettere preventivamente la proprietà della loro "prima" farmacia: se si vieta infatti ad un titolare di farmacia di pre-constituire lo strumento di futura gestione (una srl inattiva), di fatto si impone allo stesso di dismettere da subito la propria farmacia, operando una riorganizzazione aziendale ogni volta che lo stesso si prefigge, semplicemente, di partecipare ad una gara per l'acquisto di una seconda farmacia. Ciò pare irragionevole e non in linea con la ratio della norma, oltre che con i principi (anche costituzionali e comunitari) che governano la libertà di impresa e la concorrenza. Tale principio è stato fatto proprio dal Cons. Stato Sez. III, 23-01-2017, n. 270 ove si afferma che " *La prescritta finalità di migliorare l'accessibilità degli utenti al servizio farmaceutico*

Stefano Bainsi - Direzione Provinciale ASL - Foiano della Chiana



**Comune di
Foiano della Chiana**

ex art. 11 del d.l. n. 1/2012 (di c.d. liberalizzazione delle farmacie) non può di per sé rendere recessiva quella di favorire la concorrenza".

Nel corso di tale esame interno, avvenuto come detto in seduta riservata, si sono allontanati i due addetti del Servizio Attività Produttive/Suap, essendo terminato il loro compito di supporto specifico su aspetti autorizzativi.

Relativamente alla seconda doglianza (tematica della chiusura delle buste) formulata dal Dott. Moccia verso l'offerta presentata dal Dott. Bainsi si afferma quanto segue:

Si richiamano preliminarmente le considerazioni appena svolte circa la valutazione sostanziale delle offerte ed il criterio di massima partecipazione.

Si ritiene che la stessa risulti anch'essa infondata, poiché tale tema risulta ormai assodato e chiaro in giurisprudenza, e va risolto a favore della massima partecipazione dei concorrenti e di una interpretazione uniforme ma non inutilmente rigida e formale.

Come già effettuato anche in altre occasioni da parte di questo Ente, le clausole del bando vanno interpretate coerentemente ad esso ma nel senso di assicurare una visione coerente, di parità di trattamento ed in linea con il senso che favorisce una massima partecipazione.

Peraltro le previsioni del bando, che non prevedono espressamente l'esclusione come sanzione, si limitano a richiedere che il plico sia chiuso (punto F, sottoparagrafo 2) e prevedono la sanzione dell'esclusione solo dinanzi ad altre fattispecie (punto F sottoparagrafo 1). Ciò conferma che l'intento dell'Ente non era quello di sanzionare in alcun modo l'assenza di ceralacca, l'assenza di sottoscrizioni nella parte inferiore o predefinita della busta od altri aspetti puramente formali.

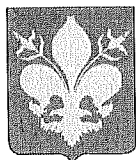
Si citano su punto le disposizioni del Cons. Stato Sez. VI Sent., 04-06-2007, n. 2946 per la quale *"..... si dovrà far riferimento al lembo della busta che viene chiuso da chi la utilizza, con esclusione dei lembi preincollati dal fabbricante. Ne consegue che si deve ritenere abbia assolto all'onere richiesto, l'impresa che ha apposto il sigillo e la controfirma solo sul lembo aperto di una busta c.d. "a sacchetto" senza l'ulteriore sigillatura sul lembo originariamente incollato dal fabbricante della busta medesima"*.

Si rammenta inoltre quanto disposto ulteriormente dal T.A.R. Liguria Genova Sez. II, 24-02-2015, n. 215 per il quale *"... l'adempimento formale imposto al concorrente relativo alla sigillatura dei lembi di chiusura del plico contenente l'offerta va, pertanto, in linea generale, limitato al lembo della busta che viene chiuso da chi la utilizza, con esclusione dei lembi preincollati dal fabbricante"*

Costituendo principio operativo assodato e sempre seguito dal Comune di Foiano, nella ristrettezza dei tempi, non viene dedicato ulteriore tempo operativo a tale aspetto.

Si conclude quindi per l'ammissione all'apertura delle offerte economiche di entrambe le offerte, poiché la documentazione amministrativa di entrambe risulta corretta e viene ritenuta valida. Non rilevando quindi alcun elemento di fondatezza nelle doglianze suddette, si procede alla convocazione dei concorrenti per consentire loro di assistere alle operazioni di apertura del secondo plico (busta con offerta vera e propria), atteso che la fase di valutazione della busta contenente la parte amministrativa si è favorevolmente conclusa.

Maria Poggiani
Bainsi
Moccia



Comune di
Foiano della Chiana

Al rientro di tutti i soggetti che avevano assistito alle operazioni iniziali, si procede alla ripresa delle operazioni di gara (indicativamente alle ore 12:50).

Il Segretario procede quindi all'apertura del primo plico, rappresentato dall'offerta della ditta Moccia, che presenta tutti i requisiti relativi alle richieste indicate nel bando di gara. L'offerta presentata, che viene ritenuta conforme, presenta un'offerta di euro 592.000 (cinquecentonovantaduemila), cui si somma la voce non soggetta a rialzo pari ad euro 37.456,39, determinando un valore totale di acquisto pari ad euro 629.456,39.

Successivamente si procede all'apertura del secondo plico rappresentato dall'offerta economica della ditta Bainsi, che presenta tutti i requisiti relativi alle richieste indicate nel bando di gara (l'assenza del documento di identità allegato non viene assolutamente ritenuta ostativa, poiché lo stesso è presente nella documentazione di cui alla prima busta e poiché non trattandosi di dichiarazione sostitutiva non era necessario). L'offerta presentata, che viene ritenuta conforme, presenta un'offerta di euro 591.201,03 (cinquecentonovantunomiladuecentouno/03), cui si somma la voce non soggetta a rialzo pari ad euro 37.456,39, determinando un valore totale di acquisto pari ad euro 628.657,42.

Al termine di tali operazioni si ritiene quindi terminato lo svolgimento delle operazioni di gara ed il presente verbale viene rimesso al Segretario Generale al fine di procedere allo svolgimento dei successivi atti, con particolare riferimento all'aggiudicazione provvisoria della presente gara in questa fase. Tale atto, per come ricordato ad inizio seduta ai concorrenti, determinerà l'attivazione di quanto indicato in sede di gara, ovvero la decorrenza temporale (minimo 15 massimo 30) entro i quali il concorrente non aggiudicatario potrà chiedere la riapertura della gara e lo svolgimento di una seduta pubblica con rialzi davanti al banditore.

Le operazioni si concludono alle ore 13:00 circa.

La documentazione relativa a tale gara viene consegnata dalla Segretaria della Commissione presso il servizio Anagrafe che dispone di idonea cassaforte, e si dispone di procedere alla scannerizzazione dei documenti nella giornata successiva a cura degli addetti di tale servizio.

IL SEGRETARIO GENERALE Dott. Roberto Dottori

Dott. Luca Mazzi, testimone

Dott. Simone Vigliuzzi, testimone

Il Segretario della Commissione Rag. Mara Poggiani