

CITTA' DI TRENTOLA DUCENTA

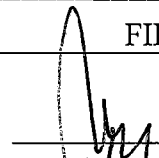
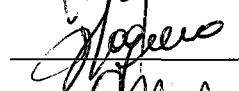
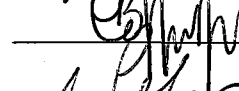
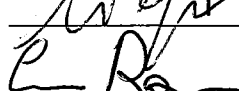
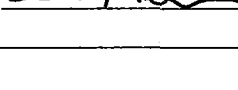
Provincia di Caserta

ORIGINALE DI DELIBERAZIONE DELLA GIUNTA COMUNALE

N. 174 del 12-12-2013

Oggetto: Nomina Legale - Ricorso al TAR Regionale Campania da parte della Dott.ssa Luisa Abbate e della Dott.ssa Filonilla Rossi / Comune di Trentola Ducenta.

L'anno duemilatredici il giorno 12 del mese di DICEMBRE alle ore 18.50 nella sala delle adunanze della Sede Comunale si è riunita la Giunta Comunale convocata nelle forme di legge. Presiede la seduta GRIFFO Michele nella sua qualità di SINDACO e sono rispettivamente presenti ed assenti i seguenti Sigg.ri:

COGNOME E NOME	FIRMA	Presenti	Assenti
GRIFFO Michele Sindaco		X	
PAGANO Domenico Vice Sindaco		X	
COPPOLA Giuseppe Assessore		X	
PEZONE Angelo Assessore		X	
RAMASCHIELLO Ciro Assessore		X	

Partecipa alla seduta il Segretario Generale: Dott.ssa Gelsomina Terracciano

IL PRESIDENTE

Constatato il numero legale degli intervenuti, dichiara aperta l'adunanza ed invita i presenti alla trattazione dell'argomento indicato in oggetto.

Il Presidente dichiara aperta la discussione sull'argomento in oggetto regolarmente iscritto all'ordine del giorno, premettendo che, sulla proposta della presente deliberazione, hanno espresso parere favorevole:

- il responsabile dei servizio interessato in ordine alla sola regolarità tecnica (art. 49, c.1, del T.U. n. 267/2000 e successive modificazioni);
- il Segretario comunale (artt. 49, c. 2, e 97, c. 4.b, del T.U. n. 267/2000 e successive modificazioni); per quanto concerne la regolarità amministrativa;
- il responsabile di Ragioneria, in ordine alle regolarità contabile (art. 49, c. 1 del T.U. n. 267/2000 e successive modificazioni).

LA GIUNTA COMUNALE

Premesso:

Che è stato notificato ricorso al TAR Regionale Campania prot. n. 13644 del 18.11.2013 da parte della Dott.ssa Luisa Abbate legale rapp.te p.t. e titolare della "Farmacia Abbate di Luisa Abbate s.a.s." e della Dott.ssa Filonilla Rossi in qualità di legale rapp.te e titolare della "Farmacia Rossi - Dott.ssa Filonilla", per l'annullamento previa sospensiva del bando di gara n. 5165646, pubblicato all'Albo pretorio comunale in data 18.10.2013 per procedura aperta per la selezione del socio privato per la gestione della Farmacia Comunale;

Vista la proposta del responsabile di Settore;

Ritenuto di resistere nel predetto giudizio affidando l'incarico di rappresentanza e difesa legale all'avv. NICOLINA IMPROSA con studio in AVERSA, che dovrà dichiararsi disponibile ad accettare l'incarico per € 1.500,00 oltre IVA e CPA oltre spese;

Vista la seguente normativa:

Il D.lgs. n. 267/2000 e s.m.i;

Lo Statuto Comunale;

Acquisiti i pareri di cui all'art. 49, comma 1, del D.L.vo n. 267/2000;

Con voti unanimi;

DELIBERA

1. Di stabilire che la premessa è parte integrante del presente dispositivo;
2. Di autorizzare la costituzione in giudizio avanti al TAR Regionale Campania;
3. Di dare mandato all'Avv. NICOLINA IMPROSA con studio in AVERSA, di rappresentare e difendere il Comune di Trentola Ducenta innanzi al TAR Regionale Campania;
4. Di stabilire l'onorario di € 1.500,00 oltre IVA e CPA oltre spese da impegnarsi sul cap. 124 del redigendo bilancio 2014;
5. Di demandare al responsabile dell'ufficio contenzioso ogni adempimento necessario ivi compreso l'impegno spesa;
6. Successivamente, stante l'urgenza con separata ed unanime votazione di rendere immediatamente eseguibile il presente atto ai sensi dell'art. 134 comma 4 del D.Lgs. 267/2000.

PROPOSTA DI DELIBERAZIONE
DELLA GIUNTA COMUNALE

Premesso:

Che è stato notificato ricorso al TAR Regionale Campania prot. n. 13644 del 18.11.2013 da parte della Dott.ssa Luisa Abbate legale rapp.te p.t. e titolare della "Farmacia Abbate di Luisa Abbate s.a.s." e della Dott.ssa Filonilla Rossi in qualità di legale rapp.te e titolare della "Farmacia Rossi – Dott.ssa Filonilla", per l'annullamento previa sospensiva del bando di gara n. 5165646, pubblicato all'Albo pretorio comunale in data 18.10.2013 per procedura aperta per la selezione del socio privato per la gestione della Farmacia Comunale;

Ritenuto dover proporre controdeduzioni per cui bisogna essere rappresentati e difesi;

Ritenuto di provvedere in merito;

Acquisiti i pareri di cui all'art. 49 del Decreto Lgs. 2000;

PROPONE

Di nominare l'Avv., con studio in per rappresentare e difendere il Comune di Trentola Ducenta innanzi al TAR Regione Campania;

Stabilire per tale scopo la somma di € 1.500,00 oltre IVA e CPA e oltre spese con imputazione al cap. 124 del redigendo bilancio 2014;

Dare atto che l'incarico sarà efficace su accettazione del legale interessato;

Dare alla presente immediata eseguibilità.

CITTA' DI TARENTOLA DUCENTA

18 NOV 2013

PROF. N. 13644

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli

tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

Copia

Avv. Paolo Trofino

con la presente Vi conferisco il più ampio mandato di rappresentarmi e difendermi, nella presente procedura ed atti consequenziali con ogni più ampia facoltà di legge compresa quella di proporre motivi aggiunti, transigere e desistere e ritengo il Vostro operato per rato e fermo senza bisogno di ulteriore ratifica. Eleggo domicilio con Voi in Napoli, al Centro Direzionale - Isola G2, delegandovi a sottoscrivere per me il presente ed ogni altro atto del procedimento. Vi autorizzo all'uso al trattamento dei miei dati sensibili ai sensi del D.Lgs n. 196/2003.

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CAMPANIA NAPOLI

Ricorre la dott.ssa Luisa Abbate, in qualità di legale rapp.te p.t. e titolare della "Farmacia Abbate di Luisa Abbate sas", sita in Trentola Ducenta alla Via Nuova Cottolengo n. 48, P.iva 03481100612, e la dott.ssa Filonilla Rossi, in qualità di legale rapp.te p.t. e titolare della "Farmacia Rossi - Dott.sa Filonilla", sita in Trentola Ducenta alla Via Natale di Roma n. 61, P.iva 00441010618, rapp.te e difese, giusta mandato a margine, dall'avv. Paolo Trofino, C.F. TRFPLA49P07A512Q (che indica i seguenti recapiti per le comunicazioni telematiche fax n. 0817879391, PEC: avvpaolotrofino@pec.it), con il quale elett.te domiciliano in Napoli al Centro Direzionale, Isola G2,

f.to Luisa Abbate

f.to Filonilla Rossi

per autentica

f.to Avv. Paolo Trofino

per l'annullamento, previa sospensiva

a) del bando di gara n. 5165646, pubblicato all'Albo pretorio comunale in data 18.10.2013, con il quale Responsabile del Procedimento del Comune di Trentola Ducenta ha indetto una procedura aperta per la selezione del socio privato per la gestione della farmacia comunale, con capitale sociale di € 10.000,00; b) di tutti gli atti preordinati, connessi e conseguenti e quindi anche: c) della deliberazione di Consiglio Comunale n. 32 del 20.9.2002 con la quale il Comune ha esercitato il diritto di prelazione sulla sede di nuova istituzione; d) della deliberazione di Consiglio Comunale n. 50 del 28.1.2003 con la quale sono state individuate le forme di gestione della 3° sede

Segretario Comunale:
Paolo Trofino
Trofino +
Alfonso Comen,
Severino Alto
A. Trofino
bando urgente
20/11/13
M

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli
tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

farmaceutica; **e)** della deliberazione di Consiglio Comunale n. 48 del 5.3.2004 (o di altra data) con la quale la Giunta ha individuato le sedi farmaceutiche; **f)** della deliberazione di Consiglio Comunale n. 50 del 20.7.2012 con la quale ha fissato le modalità di gestione della 3° sede farmaceutica mediante la costituzione di una società a responsabilità limitata; **g)** della deliberazione di C.C. n. 5 del 9.1.2013; **h)** dello studio di fattibilità economico – finanziario approvato con delibera di G.C. n. 125 del 6.7.2012;

FATTO

1. Il Comune di Trentola Ducenta, con una popolazione di circa 17000 abitanti, è attualmente dotato di 2 sedi farmaceutiche a gestione privata.

Di tali sedi sono, rispettivamente, titolari le ricorrenti, dott.ssa Luisa Abbate e la dott.ssa Filonilla Rossi.

2. Con bando pubblicato in data 18.10.2013 il Comune ha indetto una procedura aperta per la selezione di un socio privato per la gestione della farmacia comunale.

3. Dalla lettura di tale bando le ricorrenti hanno potuto apprendere che:

a) con deliberazione di C.C. n. 32 del 20.9.2002 il Comune ha esercitato il diritto di prelazione sulla 3° sede farmaceutica, istituita con Decreto dell'Area Generale di Coordinamento della Regione Campania n. 306 del 18.4.2002;

b) con deliberazione di C.C. n. 50 del 28.1.2003 sono state individuate le forme di gestione di tale nuova sede;

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli

tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

c) con deliberazione di G.C. n. 48 del 5.3.2004 la Giunta ha individuato le sedi farmaceutiche del Comune;

d) con deliberazione di C.C. n. 50 del 20.7.2012 sono state fissate le modalità di gestione della 3° sede farmaceutica mediante la costituzione di una società a responsabilità limitata denominata "GESTIONE FARMACIA COMUNALE" con capitale sociale di € 10.000,00 da sottoscrivere quanto all'80% da parte del socio privato e deliberato di voler esercitare il diritto di prelazione sulla suaccennata sede;

e) della deliberazione di GC. n. 125 del 6.7.2012 con la quale si è stabilito che la società, dopo la sua costituzione, dovrà sottoscrivere un aumento di capitale sociale fino ad € 100.000,00 e che la quota di capitale che rimarrà al Comune sarà pari a complessivi € 20.000,00.

4. A seguito di istanza di accesso agli atti presentata in data 31.10.2013 la dott.ssa Abbate ha avuto, in parte, conoscenza dei summenzionati provvedimenti.

Nel riservare la proposizione di motivi aggiunti una volta acquisita l'integrale documentazione del procedimento volto all'istituzione e gestione della Farmacia comunale, sin d'ora si può affermare che i provvedimenti impugnati sono illegittimi e vanno annullati per i seguenti

MOTIVI

I - VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 41 E 97 DELLA COSTITUZIONE.

VIOLAZIONE DELL'ART. 14 DEL D.L. N. 78/2010 CONV. IN L. N. 122/2010. ECCESSO DI POTERE. ERRORE NEI PRESUPPOSTI.

I provvedimenti impugnati sono palesemente illegittimi per violazione

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli
tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

delle norme indicate in epigrafe.

Statuisce infatti l'art. 14, comma 32, del D.L. n. 78 del 2010 che "*...i comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti non possono costituire società*".

Nella specie la popolazione del Comune di Trentola Ducenta è di gran lunga inferiore ai trentamila abitanti previsti dalla norma e si attesta intorno ai 17000.

Ne consegue, dunque, la totale preclusione per l'Ente a procedere alla costituzione di una società per la gestione della farmacia comunale e quindi anche a bandire una procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del socio privato che ne andrà a far parte.

Tale divieto è stato a più riprese stigmatizzato sia dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (deliberazione n. 83 del 6.10.2011) che dalla Corte dei Conti la quale, chiamata ad esprimersi proprio sulla possibilità di costituire una società mista per la gestione di una farmacia comunale in un Comune con popolazione inferiore a 30.000 abitanti, ha precisato che "*...a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14, comma 32, del D.L. n. 78/2010 gli enti locali non possono procedere alla costituzione di società di capitali, se non associandosi con altri enti per raggiungere una quota minima di popolazione pari a 30000 abitanti. Nel caso prospettato dal Comune, pertanto, non è possibile avvalersi della società per la gestione della farmacia comunale in quanto avente popolazione inferiore a 30000 abitanti*" (Corte dei Conti, Sez. Regionale Lombardia, parere n. 570 del 8.11.2011; n. 959 del 18.10.2010).

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli

tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

In particolare con l'art. 14, comma 32, del richiamato D.L. n. 78/2010, è stata "radicalizzata" la limitazione già prevista dall'art. 3 comma 27 e ss. della legge 244/07 che dispone il divieto per tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs. 165/01 di ".....costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni anche di minoranza in tali società".

La misura è diretta a contenere il fenomeno della proliferazione delle società pubbliche, per garantire un maggior grado di trasparenza e responsabilità nella spesa pubblica ed il rispetto del patto di stabilità interno.

Con la norma in esame, quindi, il legislatore ha voluto vietare - ai soli Comuni con meno di 30.000 abitanti - la possibilità di procedere alla costituzione di società imponendo l'obbligo di liquidare anche quelle eventualmente già costituite alla data di entrata in vigore della norma con bilancio in perdita.

In ragione di tanto la scelta del Comune di Trentola Ducenta, con popolazione inferiore ai 30000 abitanti, di procedere alla costituzione di una società destinata alla gestione della farmacia comunale, al pari della procedura indetta per la selezione del socio privato che entrerà a far parte di tale società, è sicuramente illegittima in quanto in palese contrasto con le disposizioni legislative sopra richiamate.

II - VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 41 E 97 DELLA COSTITUZIONE.

VIOLAZIONE 9 DELLA L. 02.04.1968 N. 475. VIOLAZIONE

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli

tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

DELL'ART. 34, COMMA 25, DEL D.L. N. 179/2012 (COME MOD. ED INTEGR. DALLA L.n. 221/2012). VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ERRORE NEI PRESUPPOSTI.

1. Il Bando di gara, ed i provvedimenti in esso richiamati, sono in ogni caso illegittimi per palese violazione del combinato disposto delle norme indicate in epigrafe che attualmente precludono di gestire farmacie comunali con le modalità ivi prefigurate.

2. Ed invero per effetto delle disposizioni introdotte dall'art. 34 della L. n. 221/2012, alle farmacie comunali continuano ad applicarsi, in via esclusiva, le norme contenute nella L. n. 475/68 **che non contempla la società mista tra le modalità di gestione delle stesse.**

In particolare la nuova normativa, nel disciplinare l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica (a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 della L. n. 148/2011), fa salve le disposizioni dell'art. 9 della citata L. n. 475 del 1968, secondo la quale le farmacie comunali possono essere gestite unicamente in economia, a mezzo di azienda speciale, a mezzo di consorzi tra comuni oppure attraverso società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti dipendenti, **ma non invece attraverso il modello della società mista.**

2. Al fine di comprendere la portata della novella legislativa di recente introdotta appare, tuttavia, opportuno procedere preliminarmente all'esatta ricostruzione del quadro normativo di riferimento:

a) Con l'introduzione dell'art. 9 della L. n. 475/68 si è espressamente previsto che *"La titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di*

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli
tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica può essere assunta per la metà dal comune. Le farmacie di cui sono titolari i comuni possono essere gestite, ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142, nelle seguenti forme:

a) in economia;

b) a mezzo di azienda speciale;

c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari;

d) a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità. All'atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti.

Tale previsione normativa appariva caratterizzata da un rapporto di specialità con la disciplina generale della gestione dei servizi pubblici locali (art. 22, comma 3, l. 8 giugno 1990, n. 142).

b) Su questo tessuto normativo si è innestato l'art. 12, comma 1, della L. 23 dicembre 1992, n. 498 (poi abrogato dall'art. 274 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 2.67, del quale fra poco si dirà), a tenor del quale "Le province e i comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione, delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante gli accordi in

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli

tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

programma di cui al comma 9, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera e), dell'art 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'art 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituita dall'art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362. Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica. L'atto costitutivo delle società deve prevedere l'obbligo dell'ente pubblico di nominare uno o più amministratori e sindaci. Nel caso di servizi pubblici locali una quota delle azioni può essere destinata all'azionariato diffuso e resta comunque sul mercato".

Il riferimento espresso alla normativa speciale in materia di gestione di farmacie (*"anche in deroga a quanto previsto dall'art. 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475, come sostituita dall'art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362"*) ha comportato il parziale venir meno della specialità stessa, determinando, in questa parte, l'assoggettamento della gestione delle farmacie alla disciplina generale dei servizi pubblici locali. E' importante rilevare, peraltro, che la normativa speciale era semplicemente derogata e non abrogata, sicché essa rimaneva pienamente in vigore.

c) Il contesto normativo ha poi subito ulteriori modifiche.

Prima, infatti, è sopravvenuto il D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 che ha ridisciplinato le modalità di gestione dei servizi pubblici locali (artt. 113 e 116, nel quale ultimo è stato trasfuso l'art. 12, comma 1, della l. 498 del 1992, ma facendo più ampio riferimento, anziché alla deroga

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli
tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

alle sole forme della l. n. 475 del 1968, *alla deroga ai vincoli derivanti da disposizioni di legge specifiche*”), poi la L. 28 febbraio 2001, n. 26, che ha novellato l'art. 116 del TUEL, poi, ancora, la legge finanziaria 2002 (l. 28 dicembre 2001, n. 448) che ha novellato l'art. 113 dello stesso TUEL, ulteriormente modificato dal d. l. 30 settembre 2003, n. 269, e dalla l. 24 dicembre 2003, n. 350.

Non interessa, qui, soffermarsi specificamente sul contenuto delle previsioni legislative confusamente succedutesi in un così breve lasso di tempo. Conta ricordare, semmai, che la giurisprudenza, in più di un'occasione, ha pacificamente ritenuto che tali disposizioni fossero applicabili anche alla gestione delle farmacie comunali, essendo venuto meno l'iniziale rapporto di specialità che le differenziava dalla gestione degli altri servizi pubblici locali (in particolare, TAR Lombardia, Milano, Sez. I11, 27 giugno 2002, n. 2654).

Conseguentemente, la gestione delle farmacie comunali poteva essere organizzata in tutte le forme previste dalla normativa generale sui servizi pubblici e non solo secondo quelle stabilite dalla normativa di settore dettata dalla L. n. 475 del 1968.

d). L'intera disciplina - ed è quanto qui specificamente interessa - è stata, dapprima, completamente ridisegnata dall'art. 23-bis del d. l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, del quale rileva, ai nostri fini, soprattutto il comma 1, secondo cui: *“1. Le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei*

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli
tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

*principi di concorrenza, di liberta' di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, nonche' di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalita' ed accessibilita' dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarieta', proporzionalita' e leale cooperazione. Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili. **Sono fatte salve le disposizionidella legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali...***

e) Successivamente la materia è stata nuovamente modificata dalla L. n. 148/2011 che all'art. 4, comma 34 (rubricato "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea"), nel ridisegnare la disciplina dei servizi pubblici locali, stigmatizzava che "**Sono esclusi dall'applicazione del presente articolo.....la gestione delle farmacie comunali, di cui alla legge 2 aprile 1968, n. 475**".

f) Da ultimo, con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del citato art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, e successive modificazioni per violazione dell'art. 75 della Cost.

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli

tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

La materia, allo stato, risulta regolata dal **D.L. 18 ottobre 2012, n. 179**, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, dal titolo "*Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*", che all'art. 34 ("*Misure urgenti per le attività produttive, le infrastrutture e i trasporti locali, la valorizzazione dei beni culturali ed i comuni*") contiene in otto commi – dal 20 al 27 – la nuova disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Ebbene, il comma 25 di tale ultima norma, conformemente a quanto in precedenza previsto dall'art. 23 bis della L. n. 133/2008 e poi dall'art. 4 della L. n. 148/2011, continua ad escludere dal campo di applicazione della disciplina sull'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica, "**le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali...**".

3. Il primo dato che emerge con assoluta chiarezza dalla normativa in commento è che il legislatore, anche in tale ultima occasione, ha esplicitamente riconosciuto che quella di cui alla L. n. 475 del 1968 è una "disciplina di settore" che è "incompatibile" con quella generale dettata dall'art. 34 della L. n. 221/2012.:

Da quanto precede emerge, dunque, con chiarezza che, a seguito dell' entrata in vigore del D.L. n. 179/2012, alla gestione delle farmacie comunali potrà essere applicata la sola normativa speciale di cui alla l. n. 475 del 1968, dovendo invece restare escluse le forme e le modalità previste dalla disciplina generale dettata dallo stesso D.L. n. 179/2012, e quindi anche il modello della società mista.

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli
tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

**III - VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 2, 3 E 97 DELLA COSTITUZIONE.
VIOLAZIONE DELL'ART. 34 DEL D.L. N. 179/2912. VIOLAZIONE
DEI PRINCIPI COMUNITARI VIGENTI IN MATERIA DI AFFIDA-
MENTI IN HOUSE. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI CONCORREN-
ZA.**

Anche a voler ritenere applicabile al caso di specie, e davvero non si vede come, la vigente disciplina relativa alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, e quindi ad ammettere che la farmacia comunale possa essere gestita mediante società a partecipazione mista pubblico – privata, i provvedimenti impugnati sono comunque illegittimi in quanto adottati in palese contrasto con l'art. 34 del D.L. n. 179 del 2012 e con i principi comunitari vigenti in materia di affidamenti in house.

Ed infatti, come è noto l'affidamento dei servizi pubblici mediante il modello della società in house è consentito purchè sussistano determinati presupposti, tra cui il cosiddetto controllo analogo.

Di tanto è possibile ricevere univoci riscontri dal tenore letterale del citato art. 34, laddove prescrive che l'affidamento debba avvenire nel rispetto dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo.

Ebbene, è ormai pacifico che, in base alla giurisprudenza comunitaria e nazionale formatasi in proposito, *"Il requisito del "controllo analogo" postula un rapporto che lega gli organi societari della società affidataria con l'ente pubblico affidante, in modo che quest'ultimo sia in grado, con strumenti pubblicistici o con mezzi societari di derivazione*

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli

tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

privatistica, di indirizzare "tutta" l'attività sociale attraverso gli strumenti previsti dall'ordinamento; risulta quindi indispensabile che le decisioni più importanti siano sempre sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di in house frazionato, della totalità degli enti pubblici soci. farmaceutico ad una società" (Consiglio di Stato, sez. V, decisione 29.12.2009 n° 8970).

Ed ancora, "per controllo analogo deve intendersi quello esercitato dall'ente pubblico nei confronti della società affidataria del servizio; ovvero un controllo analogo a quello che l'ente affidante esercita sui propri servizi, permettendole di influenzare in modo determinante le decisioni in ordine sia agli obiettivi strategici che alle decisioni importanti della stessa società affidataria" (AVCP, Deliberazione n. 21 del 09/05/2013).

In proposito la giurisprudenza ha poi chiarito che "Il comune, ove eserciti il diritto di prelazione per l'assunzione della gestione di una nuova farmacia scegliendo la forma della gestione diretta, non può affidare tale gestione ad una società di capitali, le cui azioni siano in gran parte di proprietà di altro comune, in quanto l'affidamento in house, in base al disposto dell'art. 113, n. 5, lett. c), d.lg. 18 agosto 2000 n. 267, n. 113, può essere disposto a favore di società interamente a capitale pubblico, purché su tale società il comune eserciti un controllo "analogo a quello esercitato sui propri servizi". (T.A.R. Pescara Abruzzo, sez. I, 07 novembre 2006, n. 687).

In un caso identico a quello in oggetto, codesto Ecc.mo Tribunale ha poi avuto modo di chiarire che: "Sulla scorta della giurisprudenza

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli
tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

comunitaria che ha escluso la necessità del ricorso a procedure di affidamento ad evidenza pubblica allorché l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'ente affidatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, ma purché quest'ultimo realizzi la parte più importante della propria attività con lente o con gli enti pubblici che lo controllano e detto controllo sia analogo a quello che esercitano sui propri servizi, è illegittimo l'affidamento diretto della gestione delle farmacie comunali, da parte di un consorzio, ad una società mista a capitale prevalentemente privato in relazione alla quale difetta senz'altro il predetto presupposto del controllo analogo. (T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, 23 Mar 2006, n. 3135)

Con l'ulteriore avvertenza che *"La partecipazione al capitale di tali soggetti, infatti, introdurrebbe nella dinamica societaria interessi privati ed obiettivi differenti da quelli propri della p.a., impedendo di ravvisare nell'affidataria, malgrado la distinta personalità sul piano formale, una longa manus dell'amministrazione, priva di autonomia sostanziale e, perciò, di quella necessaria alterità che sola consente di identificare quell'incontro di volontà di persone distinte in cui si concretizza (anche) il contratto di appalto (nel caso di specie, si è assistito ad un affidamento diretto del servizio di gestione delle farmacie comunali alla Inco.Farma s.p.a., secondo lo schema dell'affidamento in house, malgrado non ne ricorressero le condizioni, trattandosi di società mista a capitale prevalentemente privato e, dunque, difettando il presupposto del controllo analogo)".* (T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, 23 Mar 2006, n. 3135)

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli

tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

3. Orbene, nel caso si specie l'Amministrazione intende affidare direttamente il servizio di gestione della farmacia comunale ad una società mista dove il socio privato avrà una partecipazione maggioritaria pari all'80% del capitale (cfr. pag. 2 del bando).

Tale circostanza, alla luce dei principi giurisprudenziali sopra enunciati, già di per sé esclude la possibilità per l'Ente di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici e servizi in ragione della sua partecipazione minoritaria al capitale della società, sicché per tal verso il provvedimento impugnato è sicuramente illegittimo.

4. Ma c'è di più.

Ai sensi dell'art. 34, comma 20, della L. n. 221/2012 "Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio e' effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che da' conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste."

Orbene, nella denegata ipotesi in cui si dovessero ritenere applicabili anche alle farmacie le modalità di gestione previsti per i servizi pubblici locali, allora i provvedimenti impugnati sarebbero altresì

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli
tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

illegittimi in quanto manca nella specie la relazione di cui al citato art.

34, che rappresenta invece un presupposto indispensabile per la costituzione della società mista ed il successivo affidamento alla medesima del servizio di gestione della farmacia comunale di Trentola Ducenta.

IV – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI E NAZIONALI IN MATERIA DI EVIDENZA PUBBLICA. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI EVIDENZA PUBBLICA E CONCORRENZA. VIOLAZIONE DELL'ART. 113 DEL D.LGS. N. 267/2000. VIOLAZIONE DELL'ART. 34 DELLA L. N. 221/2012.

I provvedimenti impugnati sono illegittimi anche sotto ulteriore e diverso profilo.

Ed infatti lo Statuto della farmacia comunale, prevede all'art. 8 la possibilità per il socio privato di trasferire a terzi le quote di sua proprietà, e ciò in palese violazione con i principi di concorrenza ed evidenza pubblica di derivazione comunitaria.

In punto di fatto la possibilità di cedere le quote non è altro che un sistema per aggirare l'obbligo della gara.

Sul punto la giurisprudenza ha da tempo affermato che *“È illegittimo l'affidamento di un servizio pubblico disposto dalla società mista con capitale maggioritario del comune che lo gestiva in precedenza, a una società terza associata mediante cessione di quota minoritaria del capitale (nella specie 2% ceduto dalla parte privata). Tale operazione, infatti, sostanzialmente configura un affidamento a trattativa privata del servizio di in assenza dei presupposti che ne consentono l'espe-*

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli

tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

rimento e con evidente violazione di tutti i principi - di ascendenza tanto interna quanto comunitaria - intesi ad assicurare la massima trasparenza e concorrenzialità nell'affidamento dei pubblici appalti.

(T.A.R. Lombardia Brescia, 28 novembre 2001, n. 1132).

V – VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 41 E 97 DELLA COSTITUZIONE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1, 2, 9 E 10 DELLA L. 02.04.1968 N. 475. VIOLAZIONE DELL'ART. 1 COMMA 8 DELLA L.R. 21.1.2010 N. 2. VIOLAZIONE DELL'ART. 22 DELLA L.R. 8.3.1985 N. 13. VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ERRORE NEI PRESUPPOSTI. ISTRUTTORIA LACUNOSA ED ERRATA.

1. Stabilisce l'art. 10, comma 2, della L. n. 475 del 1968 che: *"L'amministrazione comunale o quella ospedaliera entro 60 giorni dall'avvenuta notifica delibera, nei modi di legge, l'eventuale assunzione della gestione della farmacia dandone immediata comunicazione al medico provinciale. In mancanza di tempestiva comunicazione l'amministrazione comunale o quella ospedaliera decade dal diritto di prelazione"*

Ebbene nel caso di specie risulta che con delibera n. 32 del 20.9.2002 il Comune di Trentola Ducenta abbia esercitato il diritto di prelazione non abbia proceduto alla tempestiva comunicazione di cui al citato art. 10, sicché sicuramente deve ritenersi decaduta dal diritto di prelazione stesso, con conseguente illegittimità della procedura di gara in questa sede gravata.

2. Ed ancora.

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli
tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

Prosegue l'art. 10 nel precisare che: *Nel caso di assunzione della gestione di una farmacia, da parte del comune, l'amministrazione comunale, entro trenta giorni dalla data di ricevimento dell'atto di approvazione da parte della giunta provinciale amministrativa, deve approvare il bando di concorso per titoli ed esami al posto di farmacista direttore*".

E' chiaro che, nel caso di specie, il riferimento "al posto di farmacista direttore" debba essere sostituito con costituzione della società mista individuata dall'Amministrazione per la gestione della farmacia comunale.

Ebbene il bando di gara è stato indetto ad oltre 10 anni di distanza dall'esercizio del diritto di prelazione e, quindi, ben oltre il termine di 30 giorni sopra richiesto, sicché anche per tal verso la procedura è del tutto illegittima e come tale va annullata.

3. Ma c'è di più.

Ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 1 della legge Finanziaria per l'anno 2010 della Regione Campania (L.R. 21.01.22010 n. 2) "*Le farmacie istituite da almeno due anni, per le quali non sono state ancora avviate le procedure concorsuali per l'assegnazione, ovvero quelle assegnate con diritto di prelazione alla gestione dei comuni che ne hanno fatto richiesta e che alla data di entrata in vigore della presente legge finanziaria non sono state ancora aperte, sono soppresse*".

Tale norma è chiaramente preordinata ad istituire un blocco alla istituzione di nuove farmacie anche in ragione delle esigenze di

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli

tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

riordino e contenimento della spesa sanitaria in Campania, già oggetto di commissariamento e che rischia di portare in dissesto finanziario l'intera regione.

Blocco volto ad operare una totale preclusione della possibilità di procedere in tal senso soprattutto con riferimento alle farmacie comunali.

In ragione di quanto sopra non sussistono, allo stato, le condizioni per ritenere intervenuta l'assegnazione alla gestione comunale della terza sede farmaceutica individuata con il predetto decreto non avendo l'Amministrazione rispettato nessuno dei termini richiesti dalla richiamata normativa.

VI - VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 3, 41 E 97 DELLA COSTITUZIONE.

VIOLAZIONE DELL'ART. 11 DEL D.L. N. 1/2012. ECCESSO DI POTERE. ERRORE NEI PRESUPPOSTI.

I provvedimenti impugnati contrastano anche con l'art. 11 del D.L. n. 1 del 24.1.2012.

Tale norma stabilisce, infatti, che *"In deroga a quanto previsto dall'art. 9 della L. 2 aprile 1968, n. 475, sulle sedi farmaceutiche istituite in attuazione del comma 1 o comunque vacanti non può essere esercitato il diritto di prelazione"*.

Chiara è la *ratio* della disposizione volta a garantire nuove opportunità lavorative ai farmacisti privi di sede farmaceutica garantendo agli stessi maggiori possibilità di ambire alle assegnazioni di tutte le sedi neo istituite o *comunque vacanti*.

Nella specie non avendo ancora proceduto all'avvio dell'attività, ed

Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli
tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

essendo decaduta dall'esercizio del diritto di prelazione per le ragioni sopra esposte, la terza sede farmaceutica istituita nel Comune di Trentola Ducenta risulta allo stato *vacante* ed, in quanto tale, soggette alla preclusione imposta dalla norma sopra richiamata.

DOMANDA DI SOSPENSIONE

Il fumus emerge dai motivi di ricorso.

Quanto al danno grave ed irreparabile si consideri che l'illegittima apertura della farmacia comunale comprometterebbe seriamente gli interessi economici dei due farmacisti attualmente presenti sul territorio.

Per altro, poiché il termine di presentazione delle offerte viene a scade il 12.12.2013, appare opportuno ottenere una pronuncia, anche sommaria, prima di tale scadenza al fine di evitare ulteriori danni all'Amministrazione stessa ed agli eventuali partecipanti, danni che sarebbero invece irreversibili una volta costituita la Farmacia ed affidata la gestione alla società mista che si andrà a costituire.

P.Q.M.

Si conclude per l'accoglimento del ricorso conseguenze di legge. Si provvede al versamento del contributo unificato nella misura prevista per legge.

avv. Paolo Trofino



Studio Legale dell'avv. Paolo Trofino

Isola G2, Centro Direzionale, 80143 Napoli

tel: 081 7879391 - fax: 081 7879391

Ad istanza delle ricorrenti e del sottoscritto Avv. Paolo Trofino si
notifichi copia del ricorso che precede, debitamente sottoscritto, a:

1) Comune di Trentola Ducenta, in persona del Sindaco legale
rapp.te p.t., dom.to per la carica presso la Casa Comunale in Trento-
la Ducenta a mani di

Capace, autorizzato o che ne cura la consegna

TRIBUNALE
NAPOLI NORD

~~TRIBUNALE DI SANTA MARIA C.V. - SEZ. DISTACCATA DI AVERSA~~

A richiesta conosciuta al Tribunale di Napoli Nord, Addetto al suo
intestato Ufficio in adempimento il presente, visto a

consegnata una copia ai sensi di

ed essere stato depositato in un deposito pubblico o in altro

Tale deposito deve essere effettuato in un luogo sicuro, dove sia possibile la produzione e la custodia dei documenti, e in un luogo sicuro.

nel caso di deposito in un luogo sicuro, il deposito deve essere effettuato mediante deposito di copia, con il numero di deposito, in un luogo sicuro, o in un luogo sicuro di

Dall'originario depositato e con il numero di deposito, con il numero di deposito, A.R.

In Avversano Oggi

18/11/13
UFFICIO GLIENARIO
Luigi Aiello



Città di Trentola Ducenta

Provincia di Caserta

Settore Organi Istituzionali

Pareri art. 49 D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 sulla proposta di deliberazione adottata dalla Giunta Comunale con atto N. 174 del 12-12-2013

ad oggetto: Nomina Legale - Ricorso al TAR Regionale Campania da parte della Dott.ssa Luisa Abbate e della Dott.ssa Filonilla Rossi / Comune di Trentola Ducenta.

Parere Tecnico

favorevole

Il Responsabile

(D.ssa Gelsomina Terracciano)

Parere contabile

favorevole

Il Responsabile

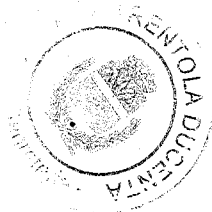
(Rag. Antonio Sperone)

Attestazione art. 153 comma V D.Lgs. 267 del 2000 circa la copertura finanziaria.

Si attesta la copertura finanziaria: _____

Il Responsabile del Servizio Finanziario
(Rag. Antonio Sperone)

Il Sindaco
Michale Griffo



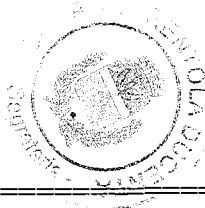
Il Segretario Generale
Dott.ssa Gelsomina Terracciano

Albo Pretorio N. 2001

Si attesta che copia della presente deliberazione viene pubblicata all'Albo pretorio di questo comune per gg. 15 consecutivi a partire da oggi.

Inviata ai Capigruppo il 13-12-13 Prot. N. 14743

Li 13-12-2013



Il Responsabile F.F.
Dott.ssa Gelsomina Terracciano

La presente deliberazione è immediatamente esecutiva.

Trentola Ducenta li 13-12-2013



Il Responsabile F.F.
Dott.ssa Gelsomina Terracciano