



.....OMISSIS.....

Oggetto

Affidamento servizio gestione farmacia comunale a società mista - richiesta parere.

FUNZ CONS 44/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta acquisita al prot. Aut. n. 56944 del 14 luglio 2023, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 19 settembre 2023, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Il primo quesito proposto riguarda principalmente la possibilità di assegnare la gestione di una nuova sede farmaceutica alla società mista partecipata dall'Amministrazione (e già operante in tale ambito), sotto forma di conferimento di capitale, ovvero se sia necessario, per mantenere la titolarità in capo all'Amministrazione comunale, costituire una nuova società individuando il socio privato con una procedura ad evidenza pubblica, nei termini indicati nell'istanza.

Il secondo dei quesiti proposti presenta una formulazione generica e non chiara, ragion per cui, con la presente, non viene fornito riscontro al medesimo.

Si osserva riguardo al primo quesito, per i profili di competenza di questa Autorità, che la legge 2 aprile 1968, n. 475 ("Norme concernenti il servizio farmaceutico"), nel dettare norme per l'organizzazione del servizio farmaceutico, stabilisce (tra l'altro) le procedure per l'assegnazione del servizio stesso.

In particolare, l'articolo 9 della predetta legge dispone che «la titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di 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 (...)» (ai sensi dell'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 201/2022, il rinvio operato dalla norma alle modalità di gestione di cui alla legge n. 142/1990, è da intendersi riferito alle corrispondenti norme del Capo II del Titolo III dello stesso d.lgs. 201/2022).

Con riferimento a tale disposizione normativa, la giurisprudenza amministrativa - dopo aver qualificato il servizio farmaceutico in termini di servizio pubblico di rilevanza economica - ha avuto modo di osservare che le modalità gestionali delle farmacie comunali indicate all'art. 9 della legge n. 475/1968, non possono ritenersi tassative, essendo ammissibili forme di gestione del predetto servizio non previste dalla norma, come ad esempio l'affidamento in concessione a terzi o l'affidamento in house (Cons. di Stato n. 5587/2014 e parere n. 687/2022).

Più in dettaglio, «non si dubita ... che la gestione di una farmacia comunale possa essere esercitata da un comune mediante società di capitali a partecipazione totalitaria pubblica (in house), benché tale modalità non sia stata prevista dal legislatore del 1968 (e del 1991), in coerenza con l'evolversi degli strumenti che l'ordinamento ha assegnato agli enti pubblici per svolgere le funzioni loro assegnate; e non si dubita che la gestione possa essere esercitata ... anche da società miste pubblico/private (...) con il superamento del limite dettato dall'art. 9 della l. n. 475 del 1968, secondo cui la gestione poteva essere affidata a società solo se costituite tra il comune e i farmacisti. (...)». È stato altresì chiarito con la stessa pronuncia che «si deve ritenere che un comune, nel caso in cui non intenda utilizzare per la gestione di una farmacia comunale i sistemi di gestione diretta disciplinati dall'art. 9 della legge n. 475 del 1968, possa utilizzare modalità diverse di gestione anche non dirette; ..., non può oramai più ritenersi escluso l'affidamento in concessione a terzi della gestione delle farmacie comunali attraverso procedure di evidenza pubblica. Del resto l'affidamento in concessione a terzi attraverso gare ad evidenza pubblica costituisce la modalità ordinaria per la scelta di un soggetto diverso dalla stessa amministrazione che intenda svolgere un servizio pubblico». Peraltro, si ritiene oggi unanimemente che l'assenza di una norma positiva che autorizzi la dissociazione tra titolarità e gestione non crei un ostacolo insormontabile all'adozione del modello concessorio. Con riguardo al profilo afferente alla tutela della salute, l'obiettivo del mantenimento in capo al Comune delle proprie prerogative di Ente che persegue fini pubblicistici può essere garantito – in caso di affidamento a terzi – dalle specifiche regole di gara e, più precisamente, dagli obblighi di servizio pubblico da imporre al concessionario, idonei a permettere un controllo costante sull'attività del gestore e di garantire standard adeguati di tutela dei cittadini. In questo senso, l'impostazione risulta perfettamente in linea con il principio comunitario di proporzionalità, per cui le restrizioni al regime di piena concorrenza sono effettivamente ammesse nei limiti in cui risulti strettamente necessario con l'obiettivo da perseguire (nella specie, la salvaguardia della salute pubblica e del benessere dei cittadini) (così T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 1 marzo 2016, n. 309)» (Consiglio di Stato, parere n. 687/2022).

Sulla base delle disposizioni sopra citate e dell'avviso giurisprudenziale richiamato, pertanto, la gestione di una farmacia comunale può essere esercitata dall'ente, oltre che con le forme previste dal citato articolo 9 l. n. 475 del 1968, anche mediante società di capitali a partecipazione pubblica totalitaria (in house) o mista, ovvero può essere affidata in concessione a terzi previo espletamento di procedure di evidenza pubblica, come del resto confermato dal rinvio operato dall'art. 34, comma 1, del d.lgs. n. 201/2022, alle norme del Capo II del Titolo III dello stesso d.lgs.201/2022, contemplanti le predette procedure di affidamento.

A tale conclusione era giunta anche questa Autorità con deliberazione n. 15 del 23 aprile 2014, nella quale è stato osservato che l'affidamento in concessione a terzi (nel rispetto delle procedure dettate dal Codice dei contratti pubblici) può costituire una delle modalità di gestione delle farmacie comunali.

Con l'ulteriore precisazione per cui la scelta in ordine alla modalità di gestione del predetto servizio, è una decisione di specifica pertinenza dell'amministrazione competente, la quale *sola* può

individuare la forma di gestione, diretta o indiretta, ritenuta maggiormente coerente con gli interessi pubblici sottesi al servizio stesso.

Nel caso in cui l'ente opti per la gestione del servizio in esame mediante società mista, tale scelta può ritenersi ammessa nei limiti in cui le amministrazioni comunali possono avere partecipazioni societarie o costituire nuove società miste (previa scelta del socio privato con gara, ex art. 7, comma 5 e art. 17, comma 1, d.lgs. 175/2016 e art.13, comma 3 d.lgs. 36/2023, che ha sostituito il d.lgs. 50/2016), limiti oggi definiti dal d.lgs. 175/2016, il quale individua altresì le autorità preposte all'indirizzo, al controllo e al monitoraggio sulla corretta applicazione delle disposizioni dettate dallo stesso decreto legislativo.

Per quanto di competenza di questa Autorità, si osserva che ai sensi dell'art. 17, comma 2 del citato d.lgs. 175/2016 «Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita. All'avviso pubblico sono allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante. *Il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento*, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura. I criteri di aggiudicazione possono includere, tra l'altro, aspetti qualitativi ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione».

Pertanto la *lex specialis* della gara per la scelta del socio privato, ai sensi della predetta disposizione, deve individuare specificamente (tra l'altro) *l'oggetto dell'affidamento*, quale circostanza che – in ossequio ai principi di trasparenza, concorrenza, parità di trattamento – esclude in via generale di procedere ad ulteriori affidamenti diretti di servizi in favore della società mista, successivamente all'espletamento del confronto concorrenziale.

Quanto sopra è stato sottolineato anche dall'Autorità sulla base di conforme orientamento giurisprudenziale, osservando che l'affidamento "diretto" di un servizio alla società mista, inclusa la società mista affidataria di servizi pubblici locali, «è conforme ai principi comunitari di concorrenza e par condicio nei limiti in cui il servizio stesso è oggetto di confronto concorrenziale nella procedura ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato, ovvero, nei limiti in cui è "messo a gara", mentre *ogni affidamento ulteriore rispetto a quanto previsto nell'originaria procedura ad evidenza pubblica deve essere oggetto di una nuova procedura di gara* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824)» (Anac delibera n. 801/2020).

Anche la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di sottolineare che «... l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere, delimitato in sede di gara *sia temporalmente che con riferimento all'oggetto* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 e Corte Giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Acoset). La Corte di Giustizia ha, infatti, ritenuto l'ammissibilità dell'affidamento di servizi a società miste, a condizione che si svolga in unico contesto una gara avente ad oggetto la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) *e l'affidamento del servizio già predeterminato* con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione. *La chiave di volta del sistema è rappresentato dal fatto che l'oggetto sia predeterminato e non genericamente descritto, poiché altrimenti, è evidente, sarebbe agevole l'aggiornamento delle regole pro-competitive a tutela della concorrenza.* Anche di recente,

questa Sezione del Consiglio di Stato (sentenza 2 marzo 2015, n. 992), pur affermando, in quel caso alla stregua dei principi comunitari e della loro interpretazione desumibile dalla giurisprudenza nazionale (ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 28 luglio 2011, n. 4527), l'affidamento diretto di un servizio a una società mista non è incompatibile con il diritto comunitario, a condizione che la gara per la scelta del socio privato della società affidataria sia stata espletata nel rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, ha anche ribadito che i criteri di scelta del socio privato si riferiscano non solo al capitale da quest'ultimo conferito, ma anche alle capacità tecniche di tale socio e alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, in guisa da potersi inferire che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo (cfr. anche Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456)» (Consiglio di Stato n. 1028/2016).

Per quanto sopra, quindi, con riferimento al quesito posto, tenuto conto delle disposizioni del d.lgs. 175/2016, nonché dell'avviso dell'Autorità e della giurisprudenza sopra richiamato, l'affidamento alla società mista già costituita dall'ente, di un "nuovo" servizio, non contemplato negli atti della procedura competitiva svolta per la scelta del socio privato, non appare coerente con i principi di trasparenza, concorrenza, parità di trattamento, nel senso sopra indicato.

L'amministrazione è quindi tenuta ad affidare il servizio stesso con le forme previste dal citato articolo 9 della l. n. 475 del 1968, ovvero mediante le ulteriori procedure sopra indicate, tra le quali la selezione di soggetto terzo con le procedure dettate dal Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 36/2023.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente