

- SERVIZI PUBBLICI -

dell'Avv. Federico Mazzella

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.11.2013, n. 5421
Concessione pubblico servizio - riparto di giurisdizione - criteri (a.g.o.).

Concessione pubblico servizio - riparto di giurisdizione - criteri (a.g.a.).

Concessione pubblico servizio - giurisdizione esclusiva a.g.a. - ratio.

Dall'analisi della giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione emerge che la Corte regolatrice della giurisdizione, da un lato, ha ripetutamente affermato che sulle concessioni amministrative il giudice ordinario è dotato di giurisdizione esclusivamente nelle controversie concernenti il corrispettivo dovuto al concessionario, nelle quali non venga in rilievo l'esercizio di poteri pubblicistici dell'autorità concedente, e, dall'altro lato, che rientrano invece nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (ai sensi dell'art. 5 l. n. 1034/1971, ora sostituito dall'art. 133, comma 1, lett. c, c.p.a.) tutte le controversie che in qualche modo attengano al rapporto concessorio, incidendo sulla durata o sull'esistenza stessa, nonché sulla sua rinnovazione. In particolare, per venire ai casi di decadenza, che più rilevano ai fini della presente controversia, le Sezioni Unite hanno attribuito le relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in base alla considerazione che, in tali casi, ciò che viene posto in discussione è "il rapporto stesso nel suo aspetto genetico e funzionale e ciò anche in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento della autorità pubblica e indipendentemente dalla natura delle posizioni giuridiche dedotte alla fonte" (Cass., Sez. Un., 20.11.2007, n. 24012, relativa ad un caso di decadenza da una concessione di bene pubblico). Nella pronuncia ora citata, la Suprema Corte ha quindi ribadito il proprio indirizzo, a mente del quale rientrano nella giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi "tutte le controversie in cui si discute sulla asserita violazione degli obblighi nascenti dal rapporto concessorio", confinando per contro quella del giudice ordinario sulle sole questioni concernenti la determinazione

delle "indennità, canoni ed altri corrispettivi" spettanti al concessionario, sempre che, in conformità al criterio di riparto generale fondato sulla consistenza delle posizioni giuridiche soggettive, la determinazione di tali remunerazioni non sia condizionata da atti autoritativi dell'amministrazione concedente. In termini si registra l'ordinanza n. 8094 del 2 aprile 2007, relativa ad un caso analogo, in cui, disposta la decadenza nei confronti di un concessionario di servizio pubblico a causa del suo fallimento, il Comune aveva azionato in giudizio la pretesa a subentrare nella gestione del servizio medesimo. Degno di menzione è il passaggio motivazionale nel quale le Sezioni unite affermano che la giurisdizione esclusiva in materia di concessioni di servizi concerne "tutte le controversie" attinenti a tali rapporti, "ancorché non originate da provvedimenti della pubblica amministrazione", ma nelle quali l'amministrazione concedente, intenzionata ad internalizzare il servizio, "fa comunque valere le proprie prerogative di persona giuridica pubblica, anche laddove faccia ricorso a strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, trattandosi di facoltà "il cui esercizio, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo".". In sostanza, il criterio discrezionale che deve essere applicato al fine di stabilire il riparto di giurisdizione è quello, pienamente conforme ai principi sanciti dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 204/2004, della spendita di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione, a prescindere dalla forma di cui questi sono concretamente rivestiti.

Sulla medesima linea si pone la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato. Questa Sezione ha di recente ritenuto la propria giurisdizione in una controversia nella quale l'amministrazione concedente aveva avanzato la pretesa alla restituzione degli impianti strumentali all'esercizio del servizio pubblico (sentenza 2.10.2012, n. 5173). Disattendendo l'obiezione della parte privata, si è affermato in detta decisione che "la giurisdizione esclusiva sulle concessioni di pubblici servizi abbraccia non solo

l'affidamento di questi ultimi, ma anche la fase di esecuzione dei relativi rapporti, escluse solo le controversie di carattere patrimoniale (indennità, canoni e corrispettivi)". Sovviene ancora una più recente pronuncia della Sezione che ha affermato appartenere alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia instaurata dal privato concessionario il quale, adducendo un inadempimento contrattuale dell'amministrazione concedente, faccia valere la propria pretesa "ad ottenere la continuazione del rapporto di concessione, previa interpretazione degli atti che costituiscono la fonte dello stesso rapporto" (sentenza 6.2.2013, n. 698). Alla luce di tutto quanto sinora detto, si evince che non è invocabile alcun parallelismo con i contratti di appalto, né tanto meno giova ricordare quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella più volte ricordata pronuncia n. 204/2004, visto che la giurisdizione esclusiva sulle concessioni amministrative è rispettosa dell'esigenza di concentrare presso un'unica giurisdizione tutte le controversie afferenti il rapporto concessorio, in considerazione degli interessi pubblici che tale strumento è tipicamente destinato a realizzare, ancorché accanto al profilo autoritativo si affianchi un aspetto strettamente privatistico, relativo ai rapporti patrimoniali tra amministrazione concedente e privato concessionario. Dalle pronunce sopra citate delle Sezioni Unite si coglie infatti l'essenza dell'istituto concessorio, il quale costituisce in ogni caso uno strumento volto al perseguimento delle finalità di carattere generale demandate alla pubblica amministrazione. In particolare, nei servizi pubblici esso costituisce una delle forme di organizzazione cui l'amministrazione può ricorrere per lo svolgimento di attività di interesse generale, in alternativa alla gestione diretta, interponendo il concessionario privato tra sé e la collettività. In passato questo profilo era particolarmente valorizzato ponendo in rilievo l'effetto traslativo di pubblici poteri che si determinava (in particolare cfr. Cass., Sez. Un., 8.8.1990, n. 8058; 3 dicembre 1991, n. 12966; ord. 9.5.2002, n. 6687). Attualmente, invece, per la decisiva spinta del diritto comunitario, i profili di stampo pubblicistico risultano fortemente attenuati, tantoché l'art. 3, co. 12, cod. contratti pubblici assimila le concessioni di servizi agli appalti di

servizi, salvo che per la remunerazione del prezzo (in quanto non proveniente dall'amministrazione ma attraverso la gestione economica del servizio medesimo e dunque dall'utenza privata). Non vi è tuttavia dubbio sul fatto che il rapporto trilaterale che nelle concessioni si instaura rende l'interesse pubblico comunque predominante anche nel corso dell'esecuzione del rapporto scaturente dalla concessione. A differenza dell'appalto, l'amministrazione concedente conserva un indubbio interesse circa le modalità con le quali il servizio viene gestito dal concessionario in propria sostituzione, poiché esso, anche quando affidato a privati, non perde la caratteristica fondamentale della sua finalizzazione a bisogni collettivi. E' proprio alla luce di questo ineliminabile connotato che si giustifica dal punto di vista logico, oltre che costituzionale, l'ampiezza della giurisdizione esclusiva, mentre, per contro, quest'ultima viene esclusa quando la controversia tra autorità concedente e privato concessionario verta su questioni puramente civilistiche, attinenti gli aspetti patrimoniali scaturenti dal rapporto. Ed è per queste ragioni che deve essere affermata la giurisdizione amministrativa anche nella presente controversia, visto che l'atto di decadenza/risoluzione dal quale essa scaturisce attiene a supposti inadempimenti nello svolgimento del servizio idrico integrato i cui effetti non sono circoscritti al suddetto rapporto, ma si riflettono anche sulla collettività.

Consiglio di Stato, Sez. V, 12.11.2013, n. 5419
Servizio distribuzione gas naturale - proroga concessione ex art. 23 d.l. 273/05 - portata art. 46 bis d.l. 159/07 - interpretazione.

Come già correttamente precisato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel parere reso nell'adunanza del 24.3.2010, la proroga della concessione ai sensi dell'art. 23 del d.l. 273/05 può essere concessa qualora vi sia coincidenza tra soggetto gestore e soggetto che ha materialmente eseguito i lavori, in ragione non tanto degli oneri economici sostenuti, quanto del tempo impiegato per la realizzazione della rete. In caso contrario, la concessione di una proroga configurerebbe un ingiustificato vantaggio in capo alla concessionaria, a detrimento dei principi di libera concorrenza

imposti dalla normativa comunitaria. Considerando il dato letterale dell'46 bis del d.l. 159/07, non può che convenirsi con il giudice di prime cure in ordine all'assenza di un divieto, per i singoli Comuni, di indire, nell'attesa della determinazione degli ambiti territoriali minimi e della loro concreta operatività, gare valevoli solo per il territorio di propria competenza. Il secondo comma della disposizione in esame prevede, infatti, che nell'ambito di una procedura concertata tra Ministero dello Sviluppo Economico, Ministero per gli Affari Regionali ed autonomie locali siano individuati, in base a criteri di efficienza e riduzione dei costi, ambiti ottimali minimi per lo svolgimento delle gare e che, in via successiva, siano determinate misure per incentivare i singoli Comuni, compresi nell'individuato ambito, ad aggregarsi concretamente.

Consiglio di Stato, Sez. V, 28.10.2013, n. 5166
Trasporto pubblico locale - decadenza della concessione - presupposti.

Secondo l'appellante il giudice di primo grado non avrebbe valutato che la disciplina vigente *ratione temporis*, ovvero il d.m. n. 448 del 1991, non richiederebbe più l'idoneità tecnica, bensì l'idoneità professionale che attiene alla conoscenza delle materie riportate nell'elencazione allegata al regolamento. Non considera, tuttavia, l'appellante che nel periodo transitorio in cui è inserita la vicenda contenziosa, caratterizzata da affidamenti diretti, non è concepibile l'affidamento del servizio di autotrasporto in mancanza di adeguato parco macchine o di personale da parte del concessionario. L'art. 24 della l. regionale (Calabria) 14.4.1986, n. 15, contenente la "Disciplina dei servizi pubblici di trasporto collettivo d'interesse regionale", al tempo in vigore, stabilisce che "il concessionario incorre nella decadenza della concessione quando: a) non inizi il servizio entro trenta giorni dalla data di rilascio della concessione, oppure iniziatolo, lo abbandoni, lo interrompa...". Dunque la disponibilità del parco macchine nel regime transitorio era condizione essenziale per l'esercizio dell'attività. Quanto al d.m. n. 448 del 1991, esso non è in contrasto con la disposizione citata, né avrebbe potuto abrogarla, atteso che trattasi di fonte normativa secondaria e, co-

munque, il decreto ministeriale disciplina la professione dell'autotrasporto sotto l'aspetto meramente soggettivo, questione estranea alla controversia in esame.

L'idoneità tecnica dell'impresa ad espletare il servizio assume valenza di condizione essenziale in ordine all'esigenza di assicurare il soddisfacimento dell'interesse pubblico cui è destinata la concessione di autolinee, perché senza il parco macchine il servizio non può essere espletato. Ne consegue che, in assenza della dotazione dei mezzi necessari all'espletamento del servizio, non v'era alternativa alla decadenza delle concessioni.

C. conti, Sez. reg. contr. Puglia, 19.9.2013, n. 142

Art. 4 d.l. 95/12 (spending review) - applicazione.

Art. 9 d.l. 95/12 (spending review) - interpretazione.

L'art. 4 del d.l. 95/2012 contiene disposizioni, ad avviso di questa Sezione, dirette al contenimento della spesa pubblica mediante la riduzione del ricorso alle società pubbliche strumentali che si inseriscono nel solco già tracciato dal legislatore con l'art. 13 del d.l. 4/07/2006 n. 223 che poneva il divieto per tali società di svolgere prestazioni in favore di altri soggetti pubblici o privati in affidamento diretto o con gara e di partecipare ad altre società o enti e con l'art. 3, co. 27, della l. 24/12/2007 n. 244 (legge finanziaria 2008) che stabiliva che "al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d. lgs. 30.3.2001, n. 165, non possono 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 o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, co. 2, del d. lgs. 30.3.2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza". Il co. 8 dell'art. 4 del d.l. n. 95/2012 consente la possibilità di procedere all'affidamento diretto solo a favore di società a capitale interamente pubblico nel rispetto dei

requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house e fa salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014. Ritiene il Collegio che per effetto dell'introduzione della disciplina dettata dall'art. 4, co. 7, del d.l. n. 95/2012 si imponga, a decorrere dal 1.1.2014, l'obbligo in via generale per le pubbliche amministrazioni di acquisire sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante procedure concorrenziali e che pertanto il ricorso all'affidamento diretto possa avvenire, in via eccezionale, soltanto, nel rispetto del surrichiamato co. 8, in favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house. La Consulta ha ulteriormente chiarito che "l'ambito di applicazione di tali disposizioni è definito in negativo dai commi 3 e 13, i quali espressamente individuano una serie di società controllate dalle pubbliche amministrazioni sottratte al regime dettato dall'art. 4, fra le quali vi sono, in primo luogo, le società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica. Posto che la definizione dei servizi di interesse generale trova nella normativa dell'Unione europea i suoi fondamenti, e che, alla luce di essa, tali servizi corrispondono ad attività (anche commerciali) orientate al bene della collettività e pertanto vincolate a specifici obblighi di servizio pubblico da parte delle autorità, tra le quali si annoverano, ad esempio, i trasporti, i servizi postali, le telecomunicazioni, è agevole desumere che i servizi pubblici locali rientrano fra i servizi di interesse generale".

Ad avviso della Sezione, le norme dettate dal co. 1 e dal co. 8 del citato art. 4 del d.l. 95/2012 non appaiano tra loro inconciliabili rilevato che, come osservato dalla Consulta con la su richiamata pronuncia n. 229/2013, gli affidamenti diretti possono essere effettuati in favore delle società a totale partecipazione pubblica aventi i requisiti dell'in house e che rientrano fra quelle espressamente escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 4 (commi 3 e 13) o nei casi in cui siano stati predisposti dei piani di razionalizzazione e di ristrutturazione delle medesime società i quali devono peraltro aver avuto il parere favorevole vincolan-

te del commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi di cui all'art. 2 del d.l. n. 52/2012 (co. 3 sexies).

Passando ad esaminare il secondo quesito volto ad accertare se rientrino nel divieto dell'art. 9, co. 6, del d.l. n. 95/2012 le fattispecie di costituzione ex novo di un'azienda speciale o la trasformazione di una società in azienda speciale, si osserva che la norma su richiamata prevede espressamente che: "è fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'art. 118 della Costituzione". La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 236/2013 depositata in data 24.7.2013, ha chiarito che tale disposizione deve essere necessariamente coordinata con quanto stabilito nei commi precedenti ed, in particolare, nel comma 1 che dispone, al fine di assicurare il coordinamento e il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, il contenimento della spesa e il migliore svolgimento delle funzioni amministrative, che le Regioni, le Province e i Comuni devono sopprimere o accorpate, riducendone in tal caso gli oneri finanziari in misura non inferiore al 20 per cento, enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica che, alla data di entrata in vigore del decreto, esercitino, anche in via strumentale, funzioni fondamentali di cui all'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione o funzioni amministrative spettanti a Comuni, Province, e Città metropolitane ai sensi dell'art. 118 della Costituzione. In particolare, la Consulta, rilevato che l'obiettivo del legislatore è esclusivamente la riduzione dei costi relativi agli enti strumentali degli enti locali nella misura almeno del 20 per cento, anche mediante la soppressione o l'accorpamento dei medesimi, ha affermato che la disposizione dell'art. 9, co. 6, del d.l. 95/2012 deve essere interpretata nel senso che il divieto di istituire nuovi enti strumentali opera solo nei limiti della necessaria riduzione del 20 per cento dei costi relativi al loro funzionamento: "vale a dire che, se, complessivamente, le spese per «enti, agenzie e organismi comunque denominati» di cui ai coo. 1 e 6 del citato art. 9, resta al di sotto dell'80

per cento dei precedenti oneri finanziari, non opera il divieto di cui al co. 6. Una siffatta interpretazione, costituzionalmente orientata, si rende necessaria anche per consentire agli enti locali di dare attuazione al comma 1 mediante l'accorpamento degli enti strumentali che svolgono funzioni fondamentali o conferite. In tal modo, infatti, gli enti locali potranno procedere all'accorpamento degli enti strumentali esistenti anche mediante l'istituzione di un nuovo soggetto, purché sia rispettato l'obiettivo di riduzione complessiva dei costi".

C. conti, Sez. reg. contr. Puglia, 19.9.2013, n. 141

Art. 4, d.l. 95/12 (spending review) - obbligo di dismissione - limiti.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 229/2013 del 23 luglio, con riferimento alle eccezioni all'applicabilità della disciplina restrittiva dell'art. 4 del d.l. 95/2012, ha chiarito che "L'ambito di applicazione di tali disposizioni è definito in negativo dai commi 3 e 13, i quali espressamente individuano una serie di società controllate dalle pubbliche amministrazioni sottratte al regime dettato dall'art. 4, fra le quali vi sono, in primo luogo, le società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica. Posto che la definizione dei servizi di interesse generale trova nella normativa dell'Unione europea i suoi fondamenti, e che, alla luce di essa, tali servizi corrispondono ad attività (anche commerciali) orientate al bene della collettività e pertanto vincolate a specifici obblighi di servizio pubblico da parte delle autorità, tra le quali si annoverano, ad esempio, i trasporti, i servizi postali, le telecomunicazioni, è agevole desumere che i servizi pubblici locali rientrano fra i servizi di interesse generale". La ratio della norma è, parimenti, messa in luce in diverso passo della medesima sentenza: "In tal modo, è sottratta alle medesime amministrazioni, di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, la scelta in ordine alle modalità organizzative di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali, in quanto si esclude la possibilità che, pur ricorrendo le condizioni prescritte dall'ordinamento dell'Unione europea, le medesime amministrazioni continuino ad avvalersi

di società in house. Di queste ultime, infatti, si impone lo scioglimento o la privatizzazione, consentendosi che le stesse sopravvivano e continuino ad essere titolari di affidamenti diretti (co. 8) solo nelle rare ipotesi nelle quali «per le peculiari caratteristiche economiche e sociali, ambientali e geo-morfologiche del contesto, anche territoriale, di riferimento non è possibile un efficace ed utile ricorso al mercato», soggette comunque alla valutazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (comma 3, secondo periodo), o negli ancor più ridotti casi nei quali siano stati predisposti dei piani di razionalizzazione e di ristrutturazione delle medesime società, i quali devono peraltro aver avuto il parere favorevole (vincolante) del Commissario straordinario per la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi di cui all'art. 2 del d.l. n. 52 del 2012 (co. 3-sexies)". Il legislatore affronta così il problema afferente l'apertura al mercato di interi settori, penalizzando i soggetti che in passato hanno ottenuto - e tuttora detengono - affidamenti senza gara. Diversamente, il mantenimento di dette aree di privilegio rischierebbe concretamente effetti distorsivi della concorrenza, ponendo tali soggetti "privilegiati" nella posizione di porre condizioni sostanzialmente da mono-polisti, cioè non replicabili da altri soggetti secondo le regole del libero mercato.

Nella misura in cui una società, partecipata al 100% da un Comune che eserciti sulla stessa un controllo analogo, rientri tra le eccezioni indicate nella citata sentenza n. 229/2013, e sovra ricordate, (svolga cioè, ad esempio, servizi di interesse generale secondo la nozione di matrice comunitaria seguita dal legislatore nazionale e dalla Consulta), potrà essere considerata sottratta alla disciplina dell'art. 4 cit. Non altrettanto può sostenersi nella misura in cui, al contrario, detta società svolga attività di produzione di beni e servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali; la nozione di "attività strumentale" è ben delineata dalla giurisprudenza amministrativa, che ha affermato sussistere la cd. strumentalità "...allorquando l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo e per il

perseguimento dei loro fini istituzionali. Le società cc.dd. strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività rivolte essenzialmente alla p.a. e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività” (CdS, Sez. V, 12.6.2009 n. 3766; CdS, Sez. V, 1.4.2011, n. 2012.). Nel caso in cui, dunque, la società svolga attività strumentale non potrà essere considerato possibile mantenere l’affidamento diretto, ma occorrerà avvalersi delle regole, di matrice europea, afferenti al libero mercato e normativamente indicate apparendo, peraltro, utile rammentare che l’art. 13 co. 2 del d.l. 4.7.2006, n. 223 impone alle società cd. strumentali un oggetto sociale esclusivo.

TAR Lombardia, Bs, Sez. II, 13.11.2013, n. 951

Farmacie comunali - disciplina attuale - l. 475/68.

Farmacie comunali - gestione - concessione - ammissibilità.

Servizi Pubblici Locali - C.Cost. 199/12 - art. 34 d.l. 179/12.

Farmacie comunali - gestione - concessione - ammissibilità - ragioni.

L’art. 23-bis del d.l. 112/08 conv. in l. 133/08 (nel testo modificato dal d.l. 135/09 conv. in l. 166/09), nel disciplinare i servizi a rilevanza economica, faceva espressamente salve “le disposizioni della legge 2 aprile 1968, n. 475, relativamente alla gestione delle farmacie comunali”. Dopo il referendum che ne ha disposto l’abrogazione, l’art. 4 co. 34, del d.l. 138/11 escludeva dal proprio raggio di operatività la gestione delle farmacie comunali, regolate dalla l. 475/68. Dopo la dichiarazione di illegittimità di tale ultima norma ad opera della Corte costituzionale con la sentenza n. 199/2012, è intervenuto il d.l. 179/12 conv. in l. 221/12, il quale – per l’affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica – non esprime più alcuna preferenza tra i modelli utilizzabili, ossia non predilige l’amministrazione indiretta dei servizi, ovvero la piena espansione della concorrenza oppure il modello del partenariato pubblico-privato, ma rinvia alla scelta che dell’uno o dell’altro concretamente si compia

da parte dell’Ente affidante (art. 34, co. 20). Anche in questo caso la disposizione esclude la propria applicabilità “alla gestione delle farmacie comunali, di cui alla l. 2.4.1968, n. 475”. Contestualmente il d.lgs. 59/10, recante “Attuazione della dir. 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (pubblicato sulla G.U. 23 n. 94 del 23.4.2010)” stabilisce che le disposizioni del decreto non si applicano ai servizi sanitari, nei quali sono sussumibili i servizi erogati dalle Farmacie.

Non è più in discussione il venir meno della tassatività dell’elenco di cui all’art. 9 della l. 475/68, e in questo senso è pacificamente ammessa la gestione di un servizio pubblico (quale una farmacia comunale) mediante una Società a totale partecipazione dell’Ente locale. La pronuncia della Corte dei Conti sez. Lombardia n. 489 del 26.09.11 ha statuito in proposito che la disciplina compiuta del servizio di farmacia comunale “... deve essere ricostruita a cura dell’interprete, secondo un approdo ermeneutico comunitariamente orientato, che colmi il vuoto normativo derivante dalla diretta applicazione al settore di una legislazione entrata in vigore ben prima della stabilizzazione del processo comunitario di formazione del diritto dei servizi pubblici” ossia che “stante il fenomeno della penetrazione del diritto comunitario nel diritto nazionale dei vari Stati membri dell’Unione Europea, la citata legge non può che essere interpretata secondo i principi generali vigenti in ambito comunitario nella materia dei servizi pubblici, custoditi ed ampliati dall’incessante opera della Corte di Giustizia europea (tutela della concorrenza, libertà di circolazione dei fattori produttivi, divieto di barriere di entrata nel mercato, trasparenza e non discriminazione). Principi comunitari che appartengono a pieno titolo al diritto positivo interno, in ragione della natura di norme inderogabili di ordine pubblico economico”. In particolare “La mancata previsione della forma societaria a responsabilità limitata unipersonale, del resto deve essere conformata all’evoluzione degli strumenti giuridici che sono oramai entrati a pieno titolo nel patrimonio comune dell’ordinamento interno, mediante il trasformatore permanente d’istituti giuridici e di interessi individuali e collettivi rappresentato dal diritto dell’Unione Europea. La società

di capitali unipersonale è stata introdotta nell'ordinamento giuridico statale, in conseguenza della cosiddetta "Dodicesima Direttiva" del Consiglio Europeo (Dir. 89/667/CEE del 21.12.89), recepita con il d.lgs. 3.03.93, n.88. La riforma del diritto delle società ha poi esteso il modello di società unipersonale, costituita per atto unilaterale, alla società per azioni (d.lgs. 17.01.03, n.6). Ne consegue che la previsione di uno schema societario non rientrando nel novero delle modalità di resa del servizio elencate nella legge "Mariotti" non può che essere irrilevante ai fini della validità dello strumento giuridico prescelto dalla pubblica amministrazione per perseguire i propri fini. I modelli di gestione del servizio di farmacia comunale previsti dall'art. 9 della l. 2.4.68, n.475, non hanno, dunque, carattere tassativo".

L'attuale panorama normativo risultante dalla sentenza della Corte costituzionale 20.7.12 n. 199 – che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4 del d.l. 138/11 (statuizione che ha fatto seguito all'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis del d.l. 112/08) – vede la riaffermazione delle "regole concorrenziali minime comunitarie" in materia di affidamento dei servizi pubblici e dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia, e tale concetto è stato da ultimo ribadito con l'introduzione dell'art. 34, co 20, del d.l. 18.10.12 n. 179 conv. in l. 17.12.12 n. 221. In buona sostanza la sentenza 190/12 (e il recente intervento legislativo) lasciano di nuovo spazio, in tema di affidamento dei servizi pubblici, alla disciplina comunitaria e ai principi ricavabili dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia. Da un lato il diritto comunitario consente alle amministrazioni pubbliche di adempiere le funzioni di interesse pubblico a esse incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici o di altro tipo, senza necessariamente far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tali casi, non sussistono i presupposti per applicare le norme comunitarie a tutela della concorrenza (cfr. Corte costituzionale – 28.03.13 n. 50 sul ricorso alla cd. "autoproduzione"), purché sussistano i requisiti del controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici, del capitale totalmente pubblico, e dello svolgimento della parte più impor-

tante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante (Corte di Giustizia CE, 18.11.99, causa C-107/98, Teckal). Le amministrazioni possono altrimenti adempiere le stesse funzioni, affidandone la gestione a terzi tramite procedure a evidenza pubblica, rispettando le direttive 2004/18 e 2004/17, nel caso di appalti pubblici, e gli artt. 43 e 49 del Trattato CE (ora artt. 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), nel caso di concessioni: devono essere osservati i principi di pubblicità, di concorrenza, di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza. Per i nuovi affidamenti, gli Enti locali possono oggi scegliere tra le tre forme di gestione desumibili dall'ordinamento comunitario (gara per la scelta del gestore, gara per il socio di una Società mista, affidamento diretto in house), salvo l'obbligo per l'Ente locale affidante di motivare in modo adeguato e di dare conseguente pubblicità alla scelta della forma di gestione (cfr. art. 34 coo. 20 e 21 del d.l. 179/12).

E' pur vero che per la gestione delle farmacie comunali è mantenuta la "clausola di salvezza" a favore della disciplina di settore (con l'esclusione espressa del raggio di applicazione dei coo. 20, 21 e 22), ma ad avviso del Collegio non vi sono ragioni per non estendere al modello della concessione a terzi la ricostruzione evolutiva effettuata per legittimare la forma di gestione in house. Gli elementi ostativi allo strumento concessorio invocati a sostegno della tesi che esclude la scelta del modello in esame sono individuabili da un lato nell'assenza di una norma che preveda espressamente la possibilità di separare la titolarità dalla gestione delle farmacie comunali, risultando unicamente regolata la loro coincidenza in capo all'Ente locale (pur nella varietà delle forme e nei modi indicati dall'art. 9 della L. 475/68); dall'altro nella complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci, preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute (sul punto TAR Piemonte, sez. II – 14.6.2013 n. 767). Sotto il primo profilo già si è esclusa la tassatività dell'elencazione dell'art. 9 della l. 475/68, adottato in un quadro ordinamentale ormai del tutto superato dall'ingresso e dal progressivo

affinamento del diritto comunitario (cfr. supra paragrafo 2). Si è appena sottolineato come, in base a quest'ultimo, la cd. "autoproduzione" (gestione in house) e l'esternalizzazione siano poste sullo stesso piano e che l'alternativa tra le due opzioni sia rimessa al prudente apprezzamento delle singole amministrazioni (cfr. paragrafo 2.1). Pertanto, l'assenza di una norma positiva che autorizzi la dissociazione tra titolarità e gestione non pare rappresentare un ostacolo insormontabile all'adozione del modello concessorio. Venendo al secondo profilo, qualsiasi farmacia – a prescindere dalla titolarità (pubblica o privata) della proprietà – resta sottoposta alle stringenti regole poste dalla normativa di settore, e di conseguenza non pare logico invocare insopprimibili esigenze di tutela della salute soltanto per i presidi apparte-

nenti all'Ente pubblico. L'obiettivo del mantenimento in capo al Comune delle proprie prerogative di Ente che persegue fini pubblicistici può essere tra l'altro ulteriormente 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 la garanzia di uno standard adeguato 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 salute pubblica e il pieno benessere dei cittadini).

«.....GA:.....»