

Due gare valgono più di una

Il punto sull'evoluzione normativa del partenariato pubblico-privato per la gestione delle farmacie comunali

A CURA DELLO STUDIO DELL'AVVOCATO B. R. NICOLOSO, FIRENZE - ROMA



L partenariato pubblico-privato per la gestione delle farmacie comunali (di cui questo osservatorio legale è stato antesignano: vedi *Punto Effe* del 25 ottobre 2007) ha avuto una evoluzione giurisprudenziale.

Il riferimento è alla disciplina sezionale di cui all'articolo 10 della Legge n. 362/1991 che si pone come complementare a quella di cui all'articolo 113, comma 5, lettera b), del T.U. n. 267/2000 (e successive modificazioni: articolo 35, comma 1, Legge n. 448/2001, articolo 14, comma 1, Legge n. 326/2003 e articolo 4, comma 234, Legge n. 350/2003) che ipotizza l'erogazione (anche) di detto servizio pubblico locale attraverso società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedura di evidenza pubblica (lettera b), in alternativa all'affidamento a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare a evidenza pubblica (lettera a) e *in house* a so-

cietà a capitale interamente pubblico, a condizione che gli enti pubblici che la costituiscono esercitino sulla società un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi e realizzino la parte più importante della loro attività con gli enti pubblici che la controllano (lettera c).

In un primo momento la giurisprudenza ha ritenuto di poter (per così dire) unificare le ipotesi operative di cui alla lettera b) e alla lettera c) della citata normativa, enfatizzando il partenariato pubblico-privato nel ritenere che l'esistenza di una gara che conferisce di fatto al socio privato (come partner operativo e non già come semplice investitore) l'affidamento sostanziale del servizio svolto dalla società mista di gestione non richiedesse un nuovo procedimento di evidenza pubblica per l'affidamento del servizio alla società partecipata: in una parola, l'effettuazione di due gare, l'una per la scelta del partner privato della società e l'altra per l'affi-

damento del servizio alla società, con una irragionevole duplicazione procedimentale. Ma che, in tal caso, il servizio potesse essere affidato *tout court* alla società (così) partecipata, in analogia con l'affidamento *in house* riservato alla società a dominanza pubblica totalitaria (Consiglio di Stato, Sezione prima, parere 18 aprile 2007, n. 456). Nel qual caso, alla società partecipata (costituita nell'ottica del partenariato pubblico-privato) destinataria dell'affidamento diretto (senza gara) del servizio non potevano esser posti oneri economici a beneficio del Comune, titolare del diritto d'esercizio del servizio conferito in società, come valore prospettico d'uso nel caso di costituzione di una società affidataria del servizio pubblico locale (nella fattispecie, dell'esercizio di una farmacia di nuova istituzione) ovvero come valore di gradimento dell'azienda comprensiva dei cespiti materiali e immateriali, nel caso di costituzione della società mediante



trasformazione di un precedente modulo di gestione (di una o più farmacie già esistenti).

L'INTERPRETAZIONE UNIFORMATRICE

La situazione si è modificata a seguito di un approfondimento giurisprudenziale dei limiti di una tale analogia tra la situazione delle società a dominanza pubblica totalitaria, che postulano un controllo analogo a quello degli altri servizi del Comune, e quella delle società partecipate, che richiedono un controllo strutturale da parte del Comune, così da imporre una linea ermeneutica omogenea, rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in una materia su cui stavano delineando interventi normativi di livello nazionale e comunitario (Consiglio di Stato, Sezione quarta, 23 ottobre 2007, n. 5587).

L'interpretazione uniformatrice del dettato normativo in questione c'è stata e ha fatto ritenere che «l'affida-

mento diretto di un servizio pubblico senza gara ad una società di gestione a dominanza pubblica totalitaria, che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una derivazione dell'ente affidante, costituisce pur sempre una eccezione alle direttive comunitarie che vanno interpretate ristrettivamente ed è pertanto consentito solo se tale ente eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la società affidataria realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la controlla», con la conseguenza che «non sussiste il requisito del controllo analogo necessario per l'affidamento diretto senza gara di un servizio pubblico locale ad una società di gestione a dominanza pubblica totalitaria, che è necessaria ma non sufficiente, essendo indispensabili necessari maggiori controlli da parte dell'ente affidatario rispetto a quelli previsti dal codice civile, ed in particolare che: a) lo

statuto non consenta che una quota del capitale sociale possa essere alienata a soggetti privati; b) il consiglio di amministrazione non debba avere rilevanti poteri gestionali ed all'ente affidante debba essere consentito di esercitare poteri maggiori rispetto a quelli riconosciuti dal diritto societario alla maggioranza sociale; c) la società di gestione non possa acquisire una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente affidante attraverso, tra l'altro, la possibilità dell'ampliamento dell'oggetto sociale, l'apertura ad altri capitali, l'espansione territoriale della attività sociale; d) la sottoposizione delle più importanti decisioni degli organi societari al vaglio preventivo dell'ente affidante» (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 3 marzo 2008, n. 1).

UNA CONTRADDIZIONE IN TERMINI

Ricondotta la situazione in questo ambito, viene meno la postulata analogia con la società partecipata pur costituita nell'ottica del partenariato pubblico-privato e riprende vita il postulato del doppio procedimento d'evidenza pubblica (l'uno per la scelta del socio privato e l'altro per l'affidamento del servizio alla società partecipata).

Nel quel caso, sulla società partecipata, che deve comunque concorrere nel procedimento d'evidenza pubblica per l'affidamento del servizio, gravano non solo i relativi oneri economici nel caso di graduazione favorevole, ma anche l'alea di non ottenere l'affidamento del servizio (per il quale è stata costituita: articolo 113, comma 5, lettera b), T.U. n. 267/2000), se mai la sua offerta dovesse risultare peggiore rispetto ad altra offerta (proposta magari da società di capitali individuate mediante l'espletamento di gara: articolo 113, comma 5, lettera a), T.U. n. 267/2000).

Il che può apparire una contraddizione in termini su cui certamente si porrà un nuovo scrutinio giurisprudenziale anche perché non si tratta di un dittico equilibrato come quello di Federico da Montefeltro e Battista Sforza che si guardano agli Uffizi.