

L' emendamento all'articolo 15 della Legge n. 166/2009 recante modifica dell'articolo 23-*bis* della Legge n. 133/2008, di cui s'è detto (*Punto Effe* del 26 novembre 2009) e ridetto (*Punto Effe* del 10 dicembre 2009) su queste pagine, merita un'ulteriore riflessione dopo le interpretazioni di opposto segno che sono state date da Federfarma (in senso riduttivo: la sola ipotesi di società di gestione delle farmacie comunali possibili sarebbe quella con i farmacisti dipendenti previsti dall'articolo 9 della Legge n. 475/1968) e da Assofarm (in senso estensivo: le ipotesi di gestione delle farmacie comunali sarebbero anche quelle attuate mediante affidamento a società a capitale privato, a società mista a capitale pubblico-privato e a società a capitale pubblico previsto dall'articolo 113 del T.U. n. 267/2000, se pure non sarebbe loro opponibile la rigorosa disciplina anche transitoria della novella normativa in questione) sulla ricaduta di tale dettato normativo sull'impianto e la gestione delle farmacie comunali, che viene negata (nei delineati opposti limiti) non solo per quanto riguarda la futura costituzione di tali moduli di gestione ma anche per quanto riguarda il regime transitorio dei moduli esistenti.

ESEGESI DELLA NORMATIVA

Appare allora opportuno una compiuta esegesi dell'articolo 23-*bis*, comma 1 della Legge n. 133/2008 come emendato dall'articolo 15, comma 1, lettera a) della Legge n. 166/2009, che recita testualmente: «*Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore. Sono fatte salve le disposizioni [...] della Legge 2 aprile 1968 n. 475 relativamente alla gestione delle farmacie comunali*». Detta disposizione normativa deve essere letta anche in riferimento al successivo comma 2 dello stesso articolo 23-*bis* della Legge n. 133/2008 come emendato dall'articolo 15, comma 1, lettera b) della Legge n. 166/2009, che detta le modalità del «*conferimento*

della gestione dei servizi pubblici locali (che) avviene in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuate mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità Europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici, e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano per oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento».

Detta disposizione normativa deve es-

sere altresì posta in riferimento al successivo comma 3 nello stesso articolo 23-*bis* della Legge n. 133/2008 come emendato dall'articolo 15, comma 1, lettera b) della Legge n. 166/2009, secondo cui «*in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente, pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento co-*



Utile



per inutile

munitario per la gestione cosiddetta "in house" e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano».

L'uno e l'altro riferimento normativo devono essere infine coordinati con la previsione del comma 8 dello stesso articolo 23-bis della Legge n. 133/2008 come emendato dall'articolo 15, comma 1, lettera d) della Legge n. 166/2009, che fissa il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3, e deve tenere conto della previsione dell'articolo 20 della stessa

Legge n. 133/2008, che fa «salvi gli effetti degli affidamenti della gestione di farmacie comunali a società che svolgono attività all'ingrosso di medicinali, nonché dell'acquisizione, da parte di tali società, di partecipazioni in società affidataria della gestione di farmacia comunali, effettuata prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo» (24 aprile 2006, n. 219) e della norma di chiusura di cui all'articolo 23-bis, comma 11, della Legge n. 133/2008, secondo cui «l'articolo 113 del Testo Unico sull'Ordinamento degli enti locali, di cui al Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili

A seguito delle interpretazioni di segno opposto date da Federfarma e da Assofarm, le modifiche dell'articolo 23-bis della Legge n. 133/2008 meritano un'ulteriore riflessione

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

con le disposizioni di cui al presente articolo», che si pone in apparente contrasto con l'articolo 113, comma 1, del T.U. n. 267/2000, introdotto dall'articolo 14, comma 1, della Legge n. 326/2003, secondo cui «le disposizioni di cui al presente articolo che disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative della disciplina di settore.

Restano ferme le altre disposizioni di settore e quelle di attuazione di specifiche normative comunitarie» e di cui all'articolo 23-bis, comma 12, della Legge n. 133/2008, secondo cui «restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data d'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» (DI n. 112/2008).

Non può essere peraltro, dimenticato che i principi e le disposizioni in materia di ordinamento degli enti locali di cui al T.U. n. 267/2000 costituiscono un «limite inderogabile per la loro autonomia normativa» (articolo 1, comma 3) e che «ai sensi dell'articolo 128 della Costituzione le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al Testo Unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni» (articolo 1, comma 4).

(continua)