



Osservatorio  
Legislativo  
Interregionale

Roma, 9 e 10 giugno 2022

Francesco Pugliese – Regione Veneto

Giurisprudenza di merito di interesse regionale

## **GIURISPRUDENZA DI MERITO DI INTERESSE REGIONALE**



## 1. Consiglio di Stato, Sezione I, 30/03/2022 n. 1592

La questione sottoposta al Consiglio di Stato concerne la materia della gestione delle farmacie comunali di nuova istituzione.

Il caso di specie, in particolare, riguarda la gestione di una farmacia comunale con il modello *in house* da parte del comune di Castel Bolognese. Detto comune fa parte dell'Unione della Romagna Faentina, un'unione di comuni ricompresi nel territorio provinciale di Faenza, costituita allo scopo di esercitare in forma associata le funzioni ad essi spettanti, in applicazione di quanto previsto dall'articolo 32 del d.lgs. n. 267/2000.<sup>1</sup>

Nel caso di specie, con Deliberazione della Giunta dell'Unione n. 189 del 18/10/2018, che aveva ad oggetto la revisione, effettuata con cadenza biennale, della pianta organica delle farmacie situate nei comuni dell'Unione, è stata istituita una nuova sede farmaceutica straordinaria (la n. 3) nel comune di Castel Bolognese.

<sup>1</sup>D.Lgs. 18-8-2000 n. 267

*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.*

*Articolo 32 Unione di comuni*

1. L'unione di comuni è l'ente locale costituito da due o più comuni, di norma contermini, finalizzato all'esercizio associato di funzioni e servizi. Ove costituita in prevalenza da comuni montani, essa assume la denominazione di unione di comuni montani e può esercitare anche le specifiche competenze di tutela e di promozione della montagna attribuite in attuazione dell'articolo 44, secondo comma, della Costituzione e delle leggi in favore dei territori montani.

2. Ogni comune può far parte di una sola unione di comuni. Le unioni di comuni possono stipulare apposite convenzioni tra loro o con singoli comuni.

3. Gli organi dell'unione, presidente, giunta e consiglio, sono formati, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, da amministratori in carica dei comuni associati e a essi non possono essere attribuite retribuzioni, gettoni e indennità o emolumenti in qualsiasi forma percepiti. Il presidente è scelto tra i sindaci dei comuni associati e la giunta tra i componenti dell'esecutivo dei comuni associati. Il consiglio è composto da un numero di consiglieri definito nello statuto, eletti dai singoli consigli dei comuni associati tra i propri componenti, garantendo la rappresentanza delle minoranze e assicurando la rappresentanza di ogni comune.

4. L'unione ha potestà statutaria e regolamentare e ad essa si applicano, in quanto compatibili e non derogati con le disposizioni della legge recante disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni, i principi previsti per l'ordinamento dei comuni, con particolare riguardo allo status degli amministratori, all'ordinamento finanziario e contabile, al personale e all'organizzazione. Lo statuto dell'unione stabilisce le modalità di funzionamento degli organi e ne disciplina i rapporti. In fase di prima istituzione lo statuto dell'unione è approvato dai consigli dei comuni partecipanti e le successive modifiche sono approvate dal consiglio dell'unione.

5. All'unione sono conferite dai comuni partecipanti le risorse umane e strumentali necessarie all'esercizio delle funzioni loro attribuite. Fermi restando i vincoli previsti dalla normativa vigente in materia di personale, la spesa sostenuta per il personale dell'Unione non può comportare, in sede di prima applicazione, il superamento della somma delle spese di personale sostenute precedentemente dai singoli comuni partecipanti. A regime, attraverso specifiche misure di razionalizzazione organizzativa e una rigorosa programmazione dei fabbisogni, devono essere assicurati progressivi risparmi di spesa in materia di personale. I comuni possono cedere, anche parzialmente, le proprie capacità assunzionali all'unione di comuni di cui fanno parte.

5-bis. Previa apposita convenzione, i sindaci dei comuni facenti parte dell'Unione possono delegare le funzioni di ufficiale dello stato civile e di anagrafe a personale idoneo dell'Unione stessa, o dei singoli comuni associati, fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 3, e dall'articolo 4, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, recante regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127.

5-ter. Il presidente dell'unione di comuni si avvale del segretario di un comune facente parte dell'unione, senza che ciò comporti l'erogazione di ulteriori indennità e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Sono fatti salvi gli incarichi per le funzioni di segretario già affidati ai dipendenti delle unioni o dei comuni anche ai sensi del comma 557 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311. Ai segretari delle unioni di comuni si applicano le disposizioni dell'articolo 8 della legge 23 marzo 1981, n. 93, e successive modificazioni.

6. L'atto costitutivo e lo statuto dell'unione sono approvati dai consigli dei comuni partecipanti con le procedure e con la maggioranza richieste per le modifiche statutarie. Lo statuto individua le funzioni svolte dall'unione e le corrispondenti risorse.

7. Alle unioni competono gli introiti derivanti dalle tasse, dalle tariffe e dai contributi sui servizi ad esse affidati.

8. Gli statuti delle unioni sono inviati al Ministero dell'interno per le finalità di cui all'articolo 6, commi 5 e 6.



Detta deliberazione è stata impugnata con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica<sup>2</sup> dai titolari di altra farmacia con sede in Castel Bolognese. I medesimi soggetti hanno successivamente proposto ricorso per motivi aggiunti (contro il Comune di Castel Bolognese e l'Unione della Romagna Faentina e nei confronti della regione Emilia Romagna, dell'AUSL della Romagna, della società Sfera S.r.l.) avverso la posteriore deliberazione del comune di Castel Bolognese (n. 20 dell'8/04/2019) con la quale quest'ultimo ha esercitato la prelazione prevista dall'articolo 11 della deliberazione dell'Unione citata, affidando la gestione del servizio di farmacia alla società *in house* "Sfera S.r.l."

Il Ministero della Salute ha quindi richiesto il parere del Consiglio di Stato<sup>3</sup> sulla questione. Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ha un solo motivo di impugnazione, consistente nella violazione dell'articolo 11, comma 1, del d.l. 24/01/2012, n. 1<sup>4</sup> ed eccesso

---

<sup>2</sup> Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è disciplinato dagli articoli 9 ss., d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

Esso è proponibile, per soli motivi di legittimità, sia a tutela di interessi legittimi che di diritti soggettivi; in ogni caso, ai sensi dell'art. 7, comma 8, Codice del processo amministrativo (d. lgs. n. 04/2010), è ammissibile unicamente nelle materie devolute alla giurisdizione amministrativa e solo avverso atti definitivi.

Ne consegue che non risulta più esperibile a tutela anche dei diritti soggettivi oggetto delle materie (prevalentemente, pubblico impiego privatizzato) devolute al g.o.

<sup>3</sup> A seguito della proposizione del ricorso, il Ministro competente assume l'istruttoria, richiedendo il parere del Consiglio di Stato. Fino ad alcuni anni fa, il Ministro aveva la possibilità di disattendere tale parere, deferendo la questione al Consiglio dei Ministri. A seguito della riforma operata dalla legge n. 69 del 2009, il parere del Consiglio di Stato ha assunto carattere di parere vincolante. Il Ministro, cioè, non può discostarsene nella decisione finale di cui, comunque, assume la responsabilità.

Al proposito, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 73 del 2014, ha chiarito che con la suddetta modifica "*l'istituto ha perduto la propria connotazione puramente amministrativa ed ha assunto la qualità di rimedio giustiziale amministrativo, con caratteristiche strutturali e funzionali in parte assimilabili a quelle tipiche del processo amministrativo*".

Ecco perché, in ultima analisi, si ritiene che il rimedio in oggetto sia nella sostanza deciso dal Consiglio di Stato e abbia ormai effettiva natura giurisdizionale.

<sup>4</sup> **D.L. 24-1-2012 n. 1**

**Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività.**

**Art. 11 Potenziamento del servizio di distribuzione farmaceutica, accesso alla titolarità delle farmacie, modifica alla disciplina della somministrazione dei farmaci e altre disposizioni in materia sanitaria**

1. *Al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, nonché di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico, alla legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:*

a) all'articolo 1, il secondo e il terzo comma sono sostituiti dai seguenti:

«Il numero delle autorizzazioni è stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti.

La popolazione eccedente, rispetto al parametro di cui al secondo comma, consente l'apertura di una ulteriore farmacia, qualora sia superiore al 50 per cento del parametro stesso»;

b) dopo l'articolo 1 è inserito il seguente:

«Art. 1-bis. - 1. In aggiunta alle sedi farmaceutiche spettanti in base al criterio di cui all'articolo 1 ed entro il limite del 5 per cento delle sedi, comprese le nuove, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentita l'azienda sanitaria locale competente per territorio, possono istituire una farmacia:

a) nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti civili a traffico internazionale, nelle stazioni marittime e nelle aree di servizio autostradali ad alta intensità di traffico, dotate di servizi alberghieri o di ristorazione, purché non sia già aperta una farmacia a una distanza inferiore a 400 metri;

b) nei centri commerciali e nelle grandi strutture con superficie di vendita superiore a 10.000 metri quadrati, purché non sia già aperta una farmacia a una distanza inferiore a 1.500 metri»;

c) l'articolo 2 è sostituito dal seguente:

«Art. 2. - 1. Ogni comune deve avere un numero di farmacie in rapporto a quanto disposto dall'articolo 1. Al fine di assicurare una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico, il comune, sentiti l'azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti competente per



di potere per illogicità e sviamento, quanto all'individuazione della terza nuova sede farmaceutica straordinaria.

In relazione al ricorso per motivi aggiunti, oggetto delle doglianze dei ricorrenti è in primo luogo la violazione dell'articolo 9 della l. n. 475/1968,<sup>5</sup> a mente del quale le farmacie vacanti e quelle di nuova istituzione possono essere gestite esclusivamente nelle seguenti forme:

- a) in economia;
- b) mediante azienda speciale municipalizzata;
- c) con consorzi tra comuni;
- d) a mezzo di società di capitali fra il comune e i farmacisti dipendenti di farmacie delle quali il comune abbia la titolarità.

Secondo la prospettazione dei ricorrenti, le uniche forme legittime di assegnazione di tale servizio sono quelle appena riportate, nelle quali non rientrerebbe il modello di *in house providing*.

Altro motivo di proposizione del ricorso consiste nel fatto che l'assegnatario del servizio di farmacia in questione, Sfera S.r.l., non sia soggetto partecipato direttamente dal comune di Castel Bolognese, ma solo dall'Unione citata della quale fa parte detto comune, quindi asseritamente senza una partecipazione diretta di quest'ultimo, ma solo in via mediata tramite l'Unione.

---

*territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, al fine di assicurare un'equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate.*  
[omissis]

<sup>5</sup> **L. 2-4-1968 n. 475**

**Norme concernenti il servizio farmaceutico.**

**Art. 9**

*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. All'atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti.*

*Nel caso che la sede della farmacia resasi vacante o di nuova istituzione accolga uno o più ospedali civili, il diritto alla prelazione per l'assunzione della gestione spetta rispettivamente all'amministrazione dell'unico ospedale o di quello avente il maggior numero di posti letto.*

*Quando la farmacia vacante o di nuova istituzione sia unica, la prelazione prevista ai commi precedenti si esercita alternativamente al concorso previsto al precedente art. 3, tenendo presenti le prelezioni previste nei due commi precedenti per determinare l'inizio dell'alternanza.*

*Quando il numero delle farmacie vacanti e di nuova istituzione risulti dispari la preferenza spetta, per l'unità eccedente, al comune. Sono escluse dalla prelazione e sono messe a concorso le farmacie il cui precedente titolare abbia il figlio o, in difetto di figli, il coningue farmacista purché iscritti all'albo.*

*Nei casi di prelazione previsti dal presente articolo restano salvi gli obblighi contemplati dall'art. 110 del testo unico delle leggi sanitarie approvato con regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265.*



Il terzo motivo riguarda la violazione dell'articolo 2598, n. 3, del codice civile<sup>6</sup> ed eccesso di potere per disparità di trattamento, nonché esercizio di posizione dominante da parte di Sfera S.r.l. in violazione degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (T.F.U.E.).<sup>7</sup> In sostanza, i ricorrenti lamentano il fatto che Sfera S.r.l. goda di un accesso privilegiato al mercato in violazione del principio di concorrenza, avendo ricevuto il servizio con affidamento diretto e, quindi, senza previo esperimento di procedura ad evidenza pubblica.

<sup>6</sup> **2598. Atti di concorrenza sleale**

*Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto, compie atti di concorrenza sleale chiunque:*

- 1) *usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente;*
- 2) *diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente;*
- 3) *si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.*

<sup>7</sup> **Articolo 101**

**(ex articolo 81 del TCE)**

1. *Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:*

- a)  *fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;*
- b)  *limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;*
- c)  *ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;*
- d)  *applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;*
- e)  *subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.*

2. *Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.*

3. *Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:*

- *a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,*
- *a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese,*
- *a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate,*

*che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di:*

- a) *imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;*
- b) *dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.*

**Articolo 102**

**(ex articolo 82 del TCE)**

*È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:*

- a) *nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;*
- b) *nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;*
- c) *nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;*
- d) *nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.*



Ulteriore profilo di doglianza è rappresentato, secondo la ricostruzione dei ricorrenti, dalla violazione dell'articolo 97 della Costituzione,<sup>8</sup> in particolare è lamentato l'eccesso di potere e la violazione dei criteri di economicità, in quanto Sfera S.r.l. corrisponde a detto comune esclusivamente la somma di 600 € annui per l'esercizio del servizio di farmacia.

I ricorrenti hanno anche fatto redigere, ai fini del ricorso, una perizia urbanistica tesa a valutare la revisione della pianta organica delle farmacie nel comune di Castel Bolognese, posta in essere con la deliberazione dell'Unione n. 189 del 18/10/2018.

L'istruttoria ai fini del rilascio da parte dell'Adunanza del Consiglio di Stato è stata puntualmente curata dal Ministero della Salute.

La Sezione I del Consiglio di Stato, nel parere in esame, ha in primo luogo analizzato il ricorso straordinario, che contesta, come si è ricordato, l'eccesso di potere per illogicità e sviamento, in relazione all'individuazione della terza sede farmaceutica straordinaria lungo l'asse della via Emilia, ove sono già situate le altre due sedi farmaceutiche preesistenti (di una delle quali sono titolari i ricorrenti). Viene in particolare sostenuto che la decisione sarebbe illogica in quanto l'Unione, secondo la prospettazione dei ricorrenti, avrebbe dovuto individuare la terza sede in un luogo diverso per decentrare il servizio nei territori scarsamente abitati e quindi meno serviti, evitando inoltre una sede che, vista la collocazione geografica strettamente contigua alle precedenti, permette al nuovo esercizio di fare concorrenza a quelli preesistenti.

In relazione a tale profilo, il d.l. n. 1/2012, all'articolo 11, comma 1, modifica la l. n. 475/1968, disponendo che le farmacie di nuova istituzione possano essere individuate rispettando la proporzione di 1 farmacia ogni 3.300 abitanti, nonché rispettando il limite di distanza di almeno 200 metri dalle sedi farmaceutiche preesistenti e comunque in modo da soddisfare le esigenze degli abitanti della zona. Il comma 2 della medesima disposizione prevede che il comune identifichi le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, assicurando un'equa distribuzione delle stesse sul territorio, anche tenendo conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate. Le modifiche appena ricordate sono state disposte dal legislatore al fine di aumentare la potenziale platea di soggetti aspiranti alla gestione di una sede farmaceutica, garantendo, al contempo, un servizio più capillare sul territorio nazionale.

Per quanto concerne l'individuazione delle nuove sedi farmaceutiche, la Sezione I del Consiglio di Stato richiama la sentenza della Corte costituzionale n. 255/2013, che ha chiarito che, in relazione al servizio farmaceutico, sussistono tre livelli di competenze a seconda della materia:

1. per il contingentamento delle sedi, la competenza sussiste in capo al legislatore statale, che stabilisce i limiti in astratto per l'istituzione di nuove sedi con legge;

---

<sup>8</sup> **Articolo 97**

*Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.*

*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.*

*Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.*

*Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.*



2. in relazione all'individuazione concreta delle nuove sedi e alla loro localizzazione, la competenza è comunale;
3. ai fini dell'assegnazione della farmacia per la gestione, per la quale si applica la normativa in materia di procedure concorsuali alle quali segue il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio, sussiste la competenza delle regioni e delle province autonome quanto alla redazione e gestione dei bandi.

In relazione all'ipotesi della revisione della pianta organica delle farmacie, la Sezione I rileva che si tratta di atto di pianificazione generale, le cui scelte di localizzazione dei singoli esercizi sono soggette al solo rispetto dei limiti del rapporto proporzionale tra sedi e popolazione, nonché di quello della distanza minima tra esercizi, mentre per tutti gli altri aspetti si tratta di decisioni caratterizzate da un alto tasso di discrezionalità e, quindi, sindacabili solo per eccesso di potere.<sup>9</sup>

Pertanto, la relativa scelta, una volta rispettati i limiti quantitativi e di distanza dagli altri esercizi, è insindacabile, qualora non sia affetta da illogicità o manifesta irragionevolezza. La Sezione I cita alcune precedenti decisioni del Consiglio di Stato, in cui è stato chiarito che la collocazione di una nuova farmacia in una zona già servita da esercizi preesistenti è una scelta non irrazionale, qualora sia giustificata dalla densità della popolazione interessata e a condizione che sia rispettato il requisito della *"equa distribuzione sul territorio"*<sup>10</sup> di cui all'articolo 2 della l. n. 475/1978.<sup>11</sup> Altre decisioni precisano che la divisione in zone del territorio è funzionale a vincolare l'esercente a mantenere l'esercizio al perimetro che gli è assegnato, ma non anche a dislocare le farmacie secondo la corrispondenza esatta di una ogni 3.300 residenti nella zona di riferimento.<sup>12</sup> L'attribuzione ai comuni del compito di

---

<sup>9</sup> Si rammenta che l'eccesso di potere, essendo un vizio che funge da strumento per la verifica della conformità del provvedimento ai limiti di legittimità del potere discrezionale, si verifica quando l'attività concretamente posta in essere dall'amministrazione non è funzionale alla tutela dell'interesse pubblico. Il giudice, quindi, per valutare la sussistenza del vizio nel caso di specie, può estendere il proprio sindacato fino ai confini del merito delle scelte discrezionali, che è comunque sottratto alla sua valutazione. Si tratta di una delle figure giuridiche più discusse nel diritto amministrativo, in quanto la sua stessa definizione da parte della giurisprudenza non è univoca, trattandosi di uno sviamento del potere dai limiti ad esso intrinseci, non consacrati in disposizioni positive ma inerenti alla natura stessa del potere esercitato, (ad es. l'interesse pubblico, la causa del potere esercitato, l'osservanza dei precetti di logica e proporzionalità). In sostanza, si concreta in una mancata realizzazione del fine per il quale una disposizione di legge ha attribuito un determinato potere. Per questo motivo, non si manifesta in una violazione di disposizioni puntuali, bensì di quelle regole indeterminate che si sostanziano nel principio della logicità e congruità dell'azione amministrativa, in relazione agli interessi primari da perseguire, agli interessi secondari coinvolti e alla situazione di fatto.

<sup>10</sup> Consiglio di Stato, Sezione III, 12/02/2015, n. 749.

<sup>11</sup> **L. 2-4-1968 n. 475 "Norme concernenti il servizio farmaceutico."**

**Art. 2**

1. Ogni comune deve avere un numero di farmacie in rapporto a quanto disposto dall'articolo 1. Al fine di assicurare una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico, il comune, sentiti l'azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, al fine di assicurare un'equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate.

[...]

<sup>12</sup> Consiglio di Stato, Sezione III, 20/03/2017, n. 1250.



individuare le zone in cui collocare gli esercizi è finalizzata al conseguimento della maggiore rispondenza ai bisogni della collettività, che dipendono anche da interessi diversi dal numero dei residenti, quali, ad esempio, maggiori bisogni di fruizione in diverse zone, valutazioni ambientali, topografiche, di viabilità. Il Consiglio di Stato ribadisce che rientra nella discrezionalità dell'amministrazione comunale la scelta di consentire una maggiore concentrazione di esercizi in zone maggiormente frequentate, pur nei limiti del rispetto delle distanze tra esercizi e del criterio di proporzionalità rispetto alla popolazione residente.<sup>13</sup>

In relazione all'ubicazione della farmacia, i ricorrenti avevano evidenziato nel ricorso una supposta illogicità nella circostanza che la terza sede farmaceutica fosse stata individuata, nella citata deliberazione dell'Unione, sempre nella via Emilia, vale a dire il medesimo asse viario nel quale sono situate le farmacie preesistenti. Nella prospettazione dei ricorrenti, il comune avrebbe dovuto individuare la sede del terzo esercizio in una zona diversa, decentrandola dall'asse viario, caratterizzato da rigidità nella mobilità (in quanto la via Emilia costituisce la principale strada di collegamento presente nel territorio, in assenza di itinerari alternativi) anche in modo da evitare che il nuovo esercizio facesse concorrenza a quelli preesistenti. Il Consiglio di Stato rileva in proposito che le doglianze non sono rilevanti, in considerazione del margine di discrezionalità posto in capo all'ente locale nella scelta della collocazione dei nuovi esercizi. Osserva inoltre che la disciplina statale non pone alcun obbligo all'ente locale di ubicare le farmacie di nuova istituzione in zone scarsamente abitate o in zone dove non sono presenti altre farmacie. La scelta dell'ente locale è pertanto coerente con l'ordinamento, rispettando i limiti posti dalla normativa e non è sindacabile per aspetti differenti.

Quanto alle ragioni del ricorso per motivi aggiunti, esse attengono esclusivamente alla scelta del modello *in house* per la gestione della farmacia di nuova istituzione. I ricorrenti, come si è visto, sostengono che le uniche modalità di gestione del servizio siano quelle di cui all'articolo 9 della l. n. 475/1968.

In primo luogo, viene decisa l'eccezione di inammissibilità proposta dai resistenti, basata sull'articolo 120, comma 1, del codice del processo amministrativo, a mente del quale "*gli atti delle procedure di affidamento [...] relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente*". Per i resistenti, detta previsione si applica alla concessione del servizio pubblico e, in maniera pacifica, anche agli affidamenti *in house*. I ricorrenti per motivi aggiunti ritengono che il codice degli appalti pubblici sia estraneo alle previsioni e quindi che alla fattispecie in esame non si applichi la disposizione processuale appena riportata.

Il Consiglio di Stato rileva che l'assistenza farmaceutica è un servizio pubblico di rilevanza economica, per costante giurisprudenza.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Consiglio di Stato, Sezione III, 02/05/2016, n. 1659.

<sup>14</sup> Consiglio di Stato, Sezione III, 11/02/2019, n. 992, C.d.S., Sezione V, 15/02/2007, n. 637.





Il Consiglio esamina, quindi, l'ulteriore profilo delle modalità gestionali delle farmacie comunali, notando che il d.l. 25/09/2009, n. 135,<sup>15</sup> aveva escluso le farmacie comunali dall'ambito applicativo dell'articolo 23-bis del d.l. n. 112/2008, stabilendo in particolare che le modalità gestionali delle farmacie fossero quelle di cui all'articolo 9 della legge n. 475/1968: le farmacie pubbliche, pertanto, non sono attratte nella sfera di applicazione delle norme che riguardano i servizi pubblici locali. I ricorrenti sostengono che le uniche forme di gestione delle farmacie siano quelle di cui alla disposizione da ultimo citata, tuttavia per costante giurisprudenza del Consiglio di Stato sono ammissibili anche forme diverse (anche in considerazione del fatto che sia stato lo stesso legislatore a prevedere forme diverse di gestione in altre disposizioni).<sup>16</sup> La forma di gestione che interessa la fattispecie in esame è quella dell'affidamento in concessione a terzi. Non si dubita quindi 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, come si è accennato, 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. (...) L'affidamento della gestione è peraltro consentito in house a patto che il Comune eserciti sulla società un <<controllo analogo>> a quello che eserciterebbe su proprie strutture organizzative, nel concetto di controllo analogo essendo peraltro ricompresa la destinazione prevalente dell'attività dell'ente in house in favore dell'amministrazione aggiudicatrice.[...] 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*

---

<sup>15</sup> Precisamente, la lettera a) del comma 1 dell'articolo 15, ha modificato l'articolo 23-bis del D.L. 25-6-2008 n. 112 *“Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”*, facendo salve le disposizioni in materia di farmacie comunali di cui all'articolo 9 della l. n. 475/1968. La disposizione modificata è stata successivamente abrogata a seguito di referendum popolare, dal comma 1 dell'articolo 1 del D.P.R. 18-7-2011 n. 113 *“Abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'articolo 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010, in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.”*

<sup>16</sup> Consiglio di Stato, Sezione III, 13/11/2014, n. 5587. In particolare, la decisione individua le seguenti forme di gestione delle farmacie differenti rispetto al dettato dell'articolo 9 della l. n. 475/1968:

*“Con l'art. 12, comma 1, della L. n. 498 del 23 dicembre 1992 era stata, infatti, introdotta la possibilità di costituire apposite società per azioni, senza il vincolo della proprietà maggioritaria, anche per la gestione delle farmacie comunali, in deroga a quanto previsto dall'art. 9 della L. n. 475 del 1968.*

*Con l'emanazione del T.U. degli enti locali, di cui al D.Lgs. n. 267 del 18 agosto 2000, si è poi ritenuto che la possibilità di costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà maggioritaria (anche per la gestione delle farmacie comunali) fosse stata comunque conservata dalla disposizione generale dettata dall'art. 116 del T.U.*

*12.2.- Anche con l'art. 100 del D.Lgs. n. 219 del 24 aprile 2006 (recante attuazione della direttiva 2001/83/CE relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE) è stata prevista una modalità di gestione delle farmacie comunali diversa da quelle disciplinate dall'art. 9 della L. n. 475 del 1968.*

*Il comma 1-bis dell'art. 100, inserito dall'art. 2, comma 16, del D.Lgs. 29 dicembre 2007, n. 274, ha infatti stabilito che le società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali possono svolgere attività di vendita al pubblico di medicinali (anche) attraverso la gestione di farmacie comunali.*

*Al comma 4-bis dello stesso articolo sono stati fatti poi salvi gli effetti degli affidamenti della gestione delle farmacie comunali a società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali, nonché dell'acquisizione da parte di tali società di partecipazioni in società affidatarie della gestione di farmacie comunali, effettuate prima della data di entrata in vigore del decreto.”*



*disciplinati dall'art. 9 della L. n. 475 del 1968, possa utilizzare modalità diverse di gestione anche non dirette; purché l'esercizio della farmacia avvenga nel rispetto delle regole e dei vincoli imposti all'esercente a tutela dell'interesse pubblico. In tale contesto, pur non potendosi estendere alle farmacie comunali tutte le regole dettate per i servizi pubblici di rilevanza economica, 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.”<sup>17</sup>*

Un comune può, pertanto, non solo decidere di non svolgere la funzione di "farmacista", ma è legittimamente ammesso ad esercitare tale funzione anche con modalità di gestione diverse (non dirette) rispetto a quelle che erano state previste dall'art. 9 della l. n. 475 del 1968, che si caratterizzano per la scissione fra la titolarità della farmacia e la sua gestione. La Sezione III, quindi, rileva come sia pacifico che si possa adottare il modello concessorio per l'affidamento della gestione di una farmacia, pur in assenza di una norma che autorizzi la dissociazione fra titolarità e gestione. La tutela della salute può comunque essere garantita dagli specifici obblighi di servizio pubblico posti in capo al concessionario nelle regole di gara, configurabili in modo da permettere il controllo del comune sul concessionario volto al perseguimento di fini pubblici, imponendo, ad esempio, particolari standard di tutela dei cittadini.

La conclusione è che la gestione di una farmacia (qualificata come servizio pubblico di rilevanza economica) possa essere esercitata dall'ente locale, oltre che con le forme dirette dell'articolo 9 della l. n. 475/1968 (si potrebbero definire "canoniche"), con ulteriore forma diretta, mediante società di capitali a partecipazione pubblica totalitaria (secondo il modello *in house*), sia con affidamento in concessione a soggetti terzi, da individuare necessariamente con procedure ad evidenza pubblica a tutela del principio di concorrenza (e, come si è visto, degli interessi pubblici sottostanti).

Stabiliti questi punti fermi, il Consiglio di Stato decide quindi sulla questione di inammissibilità della domanda. Il punto nodale per dirimere la questione sta infatti nell'applicabilità degli articoli 119<sup>18</sup> e 120 del codice del processo amministrativo alla gestione diretta di una farmacia tramite l'affidamento a una società a totale partecipazione pubblica. Viene quindi citata una sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>19</sup> che ha chiarito che l'espressione lessicale utilizzata nelle disposizioni del codice del processo amministrativo appena citate, "*procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture*" per sottoporle al particolare rito abbreviato per il quale sussiste la competenza esclusiva del Tribunale amministrativo regionale di cui all'articolo 120 c.p.a.,<sup>20</sup> va

<sup>17</sup> Consiglio di Stato, Sezione III, 13/11/2014, n. 5587.

<sup>18</sup> L'articolo 119, concernente il rito abbreviato comune a determinate materie, al comma 1 stabilisce: "*Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a:*  
*a) i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture nonché i provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle competizioni professionistiche delle società o associazioni sportive professionistiche, o comunque incidenti sulla partecipazione a competizioni professionistiche, salvo quanto previsto dagli articoli 120 e seguenti; [...]*".

<sup>19</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27/07/2016, n. 22.

<sup>20</sup> **Art. 120**

**Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all' articolo 119, comma 1, lettera a)**



interpretata nel senso di includere anche i provvedimenti che riguardano le procedure aventi ad oggetto le concessioni di servizi.

Quanto precede, anche in considerazione del fatto che il concetto impiegato dal legislatore (“procedure”) nelle disposizioni citate del codice del processo amministrativo è volutamente ampio, al fine di ricomprendere *“tutta l’attività della pubblica amministrazione espressiva del suo potere di supremazia attraverso atti autoritativi e nelle forme tipiche del procedimento amministrativo”*.

Pertanto, il Consiglio di Stato ha respinto il primo ricorso (in quanto la decisione di pianificazione dell’Unione è insindacabile, una volta accertato il rispetto dei limiti posti dalla normativa statale alla individuazione di nuove sedi farmaceutiche) e dichiarato inammissibile quello per motivi aggiunti (in quanto avrebbe dovuto essere proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale).

## 2. Corte di giustizia Europea, Sezione IV, 12/05/2022, n. C-719/20

La decisione concerne la materia degli affidamenti *in house* e la controversia vede coinvolti, da un lato, il Comune di Lerici, dall’altra la Provincia di La Spezia, in materia di affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti.

La Corte di Giustizia è stata interpellata dal Consiglio di Stato che ha richiesto una pronuncia pregiudiziale in applicazione dell’articolo 267 del TFUE,<sup>21</sup> circa l’interpretazione dell’articolo 12 della Direttiva europea sugli appalti pubblici.<sup>22</sup>

La controversia originaria era radicata presso il Consiglio di Stato tra il comune di Lerici e la provincia di La Spezia, Acam Ambiente S.p.A. e Iren S.p.A., in relazione alla gestione integrata del servizio integrato dei rifiuti.

Originariamente, il comune di Lerici ha affidato direttamente, senza gara, ad Acam S.p.A. il 15/06/2005 la gestione del ciclo integrato dei rifiuti da esercitare nel proprio territorio, fino alla scadenza del 31/12/2028. In tale data, Acam S.p.A. era una società per azioni il cui capitale era interamente partecipato da diversi comuni compresi nel territorio provinciale di La Spezia, fra i quali era presente anche il comune di Lerici. Quest’ultimo era all’epoca competente per l’affidamento di tale servizio ed aveva optato per l’affidamento diretto a questa società.

---

1. *Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i provvedimenti dell’Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente.*

[...]

<sup>21</sup> Articolo 267

(ex articolo 234 del TCE)

La Corte di giustizia dell’Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

a) sull’interpretazione dei trattati;

b) sulla validità e l’interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile.

<sup>22</sup> Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.



In data 12/07/2013, Acam ha concluso con i propri creditori un accordo di ristrutturazione, che ne prevedeva l'aggregazione con un soggetto adatto ai fini della gestione del ciclo integrato dei rifiuti, anche in esecuzione di quanto previsto dai commi 611<sup>23</sup> e 612<sup>24</sup> dell'articolo 1 della l. 23/12/2014, n. 190. Acam ha conseguentemente cercato sul mercato, mediante procedura ad evidenza pubblica, un soggetto privato operante nel settore dei servizi pubblici per effettuare la fusione per aggregazione, che ha avuto luogo con Iren S.p.A., operante su tutto il territorio nazionale e quotata in borsa. In data 29/12/2017 è stato quindi concluso un apposito accordo di investimento, con il quale i comuni, precedentemente azionisti di Acam, hanno ceduto le proprie quote di partecipazione ad Iren, acquisendo una corrispondente quota di capitale di quest'ultima (che ha aperto una sottoscrizione per i comuni mediante aumento di capitale). Il servizio di gestione dei rifiuti, sia prima, sia dopo la fusione, è stato gestito da società controllate da Acam, poi diventate controllate da Iren. Tuttavia, tra i comuni della provincia di La Spezia che erano azionisti di Acam, il comune di Lerici ha optato per non approvare la fusione per aggregazione di Acam in Iren (intento espresso in data 21/02/2017) e, pertanto, in relazione alle operazioni conseguenti alla fusione, ha esclusivamente ceduto le proprie quote di Acam alla Iren (azioni effettivamente cedute in data 11/04/2018) senza sottoscrivere capitale in Iren. In data 06/08/2018 la provincia di La Spezia, divenuta competente per gestire il servizio relativo al ciclo integrato di gestione dei rifiuti in relazione al proprio ambito territoriale

---

<sup>23</sup> **L. 23-12-2014 n. 190 Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015).**

**Comma 611**

611. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 3, commi da 27 a 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni, e dall'articolo 1, comma 569, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e successive modificazioni, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, a decorrere dal 1° gennaio 2015, avviano un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015, anche tenendo conto dei seguenti criteri:

- a) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione;
- b) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti;
- c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni;
- d) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica;
- e) contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni.

<sup>24</sup> **L. 23-12-2014 n. 190 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)."**

**Comma 612**

612. I presidenti delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, i presidenti delle province, i sindaci e gli altri organi di vertice delle amministrazioni di cui al comma 611, in relazione ai rispettivi ambiti di competenza, definiscono e approvano, entro il 31 marzo 2015, un piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, le modalità e i tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire. Tale piano, corredato di un'apposita relazione tecnica, è trasmesso alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicato nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata. Entro il 31 marzo 2016, gli organi di cui al primo periodo predispongono una relazione sui risultati conseguiti, che è trasmessa alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicata nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata. La pubblicazione del piano e della relazione costituisce obbligo di pubblicità ai sensi del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.



(all'interno del quale si ricorda che ricade anche il comune di Lerici), ha approvato l'aggiornamento del piano di area per la gestione integrata dei rifiuti urbani della provincia, indicando Iren quale soggetto gestore per il territorio del comune di Lerici, fino al 31/12/2028, in forza di affidamento asseritamente *in house*.

Il comune di Lerici ha, quindi, depositato ricorso al T.A.R. Liguria, ritenendo che le condizioni per eseguire l'affidamento diretto mediante il modello *in house* non fossero più sussistenti. Il T.A.R. ha respinto il ricorso con sentenza impugnata dal comune di Lerici innanzi al Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato ha quindi rinviato gli atti alla Corte di giustizia UE per la risoluzione di alcune questioni preliminari. Nel dettaglio, il Consiglio pone alcuni punti fermi:

- in primo luogo, il comune di Lerici, quando affidò originariamente ad Acam il servizio di gestione dei rifiuti per il proprio territorio, era competente a farlo in forza della normativa vigente. *Medio tempore*, tuttavia, tale competenza risulta essere stata incardinata in capo all'ente locale di livello superiore;

- l'operazione di aggregazione è stata conclusa sulla base delle disposizioni di legge statale, sopra ricordate, che imponevano, per finalità di contenimento della spesa pubblica, la razionalizzazione delle partecipazioni societarie degli enti pubblici. Peraltro, tale operazione rientrava in un accordo di ristrutturazione societaria concluso tra Acam e i suoi creditori. In tali fattispecie, il d.l. n. 138/2011<sup>25</sup> prevede la prosecuzione della gestione dei servizi da parte del nuovo aggiudicatario, fino alla scadenza originaria dell'affidamento;

- la normativa di cui al punto precedente (secondo il Consiglio di Stato) è difficilmente compatibile con l'articolo 12 della Direttiva europea sugli appalti pubblici. La disposizione appena citata, si rammenta sinteticamente di seguito, esclude dal campo di applicazione della predetta Direttiva gli appalti pubblici che siano aggiudicati nel rispetto delle seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita nei confronti della persona giuridica aggiudicataria un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi;

b) la percentuale di attività prestata a favore dell'amministrazione da parte della persona giuridica aggiudicataria deve superare l'80% del totale dell'attività esercitata da quest'ultimo complessivamente;

c) nella persona giuridica affidataria vi siano forme di partecipazione privata che non comportino poteri di controllo o di veto da parte di soggetti privati.

Le disposizioni appena sintetizzate, di cui al paragrafo 1 dell'articolo 12 della Direttiva appalti, si applicano anche nel caso in cui una controllata sia amministrazione aggiudicatrice e aggiudichi un appalto alla propria controllante o ad altra persona giuridica

---

<sup>25</sup> **D.L. 13-8-2011 n. 138 "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo."**

**Art. 3-bis. Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali (98)**

[omissis]

2-bis. L'operatore economico succeduto al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente, prosegue nella gestione dei servizi fino alle scadenze previste. In tale ipotesi, anche su istanza motivata del gestore, il soggetto competente accerta la persistenza dei criteri qualitativi e la permanenza delle condizioni di equilibrio economico-finanziario al fine di procedere, ove necessario, alla loro rideterminazione, anche tramite l'aggiornamento del termine di scadenza di tutte o di alcune delle concessioni in essere, previa verifica ai sensi dell'articolo 143, comma 8, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, effettuata dall'Autorità di regolazione competente, ove istituita, da effettuare anche con riferimento al programma degli interventi definito a livello di ambito territoriale ottimale sulla base della normativa e della regolazione di settore.

[omissis]



da quest'ultima controllata, sempre nel rispetto delle condizioni suesposte, come disposto dal successivo paragrafo 2; inoltre, si applicano, come disposto dal paragrafo 3, anche per il caso in cui il soggetto aggiudicatario non sia una persona giuridica controllata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma il controllo sia esercitato da questa congiuntamente ad altre amministrazioni aggiudicatrici, vi sia sempre oltre l'80% di attività esercitata a favore delle Amministrazioni controllanti o di altri soggetti da queste controllate, e che sia rispettata la condizione sopra esposta sub c) in relazione al capitale privato. Analoghe condizioni permettono di non applicare la Direttiva appalti al caso di accordo concluso tra due o più amministrazioni aggiudicatrici per stabilire fra loro una cooperazione.

In relazione all'ultimo punto, il Consiglio di Stato rileva che, mentre l'affidamento originario effettuato dal comune di Lerici (quando era ancora autorità competente all'affidamento del servizio) ad Acam è stato legittimamente effettuato senza gara (secondo il modello *in house*), in quanto il comune di Lerici esercitava su Acam, congiuntamente agli altri comuni che ne partecipavano totalmente il capitale, un controllo analogo a quello operato dagli stessi sulle proprie strutture, il successivo affidamento effettuato dalla provincia di La Spezia (nel frattempo divenuta competente ad affidare il servizio di gestione dei rifiuti) è intervenuto senza gara nei confronti di Iren, società nei confronti della quale il comune di Lerici non ha alcun rapporto. Tuttavia, il Consiglio di Stato considera anche, nel rinviare gli atti alla Corte, che l'operazione di fusione per aggregazione di Acam con Iren è stata preceduta da una gara pubblica, all'esito della quale Iren è risultata la società vincitrice e questa circostanza potrebbe essere valutata ai fini del giudizio di conformità di quanto avvenuto ai fini del rispetto della normativa comunitaria.<sup>26</sup>

La domanda posta dal Consiglio di Stato alla Corte di giustizia UE, è se la disciplina dell'articolo 12 della Direttiva appalti non osti ad una normativa nazionale che imponga un'aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a seguito della quale l'operatore economico succeduto al concessionario iniziale a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, prosegua nella gestione dei servizi fino alle scadenze originariamente previste, nel caso in cui il concessionario iniziale sia una società *in house*, l'operatore economico per la fusione sia stato selezionato a seguito di una gara pubblica e a seguito dell'operazione societaria di fusione per aggregazione i requisiti del controllo analogo pluripartecipato non sussistano rispetto a taluno degli originari enti locali controllanti che hanno originariamente affidato il servizio.

La Corte di Giustizia UE, in relazione all'originario affidamento effettuato dal comune di Lerici nel 2005, stabilisce che, in base al diritto comunitario all'epoca vigente,<sup>27</sup> sussistendo nel caso di specie le condizioni previste per il controllo analogo (pluripartecipato) non sussisteva per il comune l'obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, in quanto si ritiene che, sussistendo le condizioni normativamente previste, che l'Amministrazione affidante faccia ricorso alle proprie risorse con siffatta operazione. In

---

<sup>26</sup> Peraltro, l'effettuazione concreta del servizio relativo ai rifiuti era affidata a delle società controllate da Acam (ad Acam Ambiente, in particolare) durante il primo affidamento, mentre dopo il secondo affidamento, alle medesime società, che nel frattempo erano diventate controllate da Iren.

<sup>27</sup> Direttiva 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.



altre parole, anche se il soggetto affidatario è giuridicamente distinto dall'amministrazione affidante, di fatto il primo è assimilabile ai servizi interni della seconda.

In relazione alla fusione per aggregazione di Acam e Iren a seguito di gara pubblica per la selezione di quest'ultima, mentre la prosecuzione del servizio è conforme alle disposizioni nazionali vigenti, l'acquisizione del soggetto affidatario diretto da parte di altro operatore economico – sia pure quest'ultimo selezionato a seguito di una gara pubblica – durante il periodo di validità dell'affidamento originario costituisce *“il cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di indire una gara”*. La modifica dal punto di vista soggettivo dell'affidatario diretto è tale che esso non possa più essere assimilato ai servizi interni dell'amministrazione aggiudicatrice. L'acquisizione di Acam da parte di Iren è avvenuta nel corso del 2017, in un momento in cui il termine per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alla Direttiva 2014/24/UE era ampiamente scaduto, pertanto la Corte valuta la necessità di una gara nel caso di specie.

In particolare, l'articolo 72, paragrafo 1, lettera d), ii), della direttiva 2014/24/UE<sup>28</sup> ammette che si possa evitare di esperire una gara nel caso di successione tra originario aggiudicatario con un nuovo contraente (in seguito ad acquisizione del primo da parte del secondo), a condizione: che quest'ultimo soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti originariamente; che ciò non comporti altre modifiche sostanziali al contratto; che non vi sia finalità elusiva della Direttiva in argomento. Peraltro, rileva la Corte, dal tenore letterale dell'articolo 72 traspare che esso sia stato previsto per disciplinare i casi di successione di un originario aggiudicatario a seguito di procedura ad evidenza pubblica, non per il caso di specie, diverso, nel quale v'è stato un mero affidamento diretto del servizio. Ne risulta che la disposizione di cui all'articolo 72 appena citata non può trovare applicazione al caso in esame, che si sostanzia in un affidamento non facente seguito ad una procedura ad evidenza pubblica.

Sotto altro profilo, l'articolo 12 della Direttiva in argomento, al paragrafo 3, prevede il caso in cui un appalto possa essere aggiudicato senza procedure ad evidenza pubblica, a condizione, tuttavia, che:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice eserciti, congiuntamente ad altre amministrazioni, un controllo sull'aggiudicatario analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi;
- b) che oltre l'80% delle attività dell'aggiudicatario sia prestato in favore delle amministrazioni controllanti o di altri soggetti da queste controllati;

---

<sup>28</sup> **Articolo 72**

**Modifica di contratti durante il periodo di validità**

1. I contratti e gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto a norma della presente direttiva nei casi seguenti:

[...]

d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze

[...]

ii) all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della presente direttiva; [...]



Osservatorio  
Legislativo  
Interregionale

Roma, 9 e 10 giugno 2022

Francesco Pugliese – Regione Veneto

Giurisprudenza di merito di interesse regionale

- c) che nel capitale del soggetto aggiudicatario non vi sia alcuna forma di partecipazione privata o, se presenti, tali forme non comportino il diritto di controllo o potere di veto o un'influenza determinante sull'aggiudicatario.

Appare evidente che il requisito del controllo congiunto da parte delle Amministrazioni comporta che tutte partecipino al capitale dell'aggiudicatario, requisito non sussistente nel caso di specie (il comune di Lerici non ha mai acquisito quote di capitale di Iren). Peraltro, la Corte rileva che il capitale di Iren è ampiamente partecipato da privati (essendo la società quotata in borsa). Né il comune di Lerici è comunque rappresentato negli organi decisionali di Iren, in modo da poter esercitare comunque un'influenza sugli obiettivi strategici o sulle decisioni significative di Iren.

Parimenti, la Corte rileva che non sussistono nemmeno le condizioni per qualificare l'affidamento come appalto *in house* ai sensi dell'articolo 12, paragrafi 1 e 2 della Direttiva. Né assume alcuna rilevanza il fatto che Iren sia stata selezionata a seguito di una procedura pubblica, in quanto l'affidamento originario è stato affidato senza gara e sussiste pertanto la necessità di effettuare una procedura ad evidenza pubblica per affidare nuovamente il servizio.

La conclusione non cambia nemmeno nel caso in cui si consideri l'appalto pubblico di cui si tratta quale sorto con l'affidamento successivo ad Iren da parte della Provincia di La Spezia. Pur volendolo considerare come un affidamento diretto ad Acam Ambiente quale controllata di Iren, anche in relazione a questo successivo affidamento non risulta che Provincia di La Spezia e Acam Ambiente si trovino in alcuna delle condizioni previste dall'articolo 12 della Direttiva appalti. La Provincia avrebbe dovuto comunque effettuare l'affidamento solo al soggetto vincitore di previa procedura ad evidenza pubblica.