

Prot. 2301/fc

Roma, 24 maggio 2018

Alle Aziende Speciali Farmaceutiche, agli Enti,
Consorzi e Società Associate

Ai Servizi Farmaceutici Comunali Associati

Alla Giunta Esecutiva

Ai Coordinatori Regionali A.S.SO.FARM.

Loro sedi

CIRCOLARE: 0115

Oggetto: Gli acquisti di forniture e servizi da parte delle società di gestione delle farmacie comunali alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici e del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Nota circolare.

Come già nella vigenza del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) si pone la questione relativa alla sottoposizione o meno delle società che gestiscono farmacie comunali alle norme sui contratti pubblici.

La questione suscita ampio dibattito nel settore, soprattutto in considerazione del fatto che le società gestiscono le farmacie comunali in una prospettiva di servizio pubblico (come del resto è anche per le farmacie private), ma nella maggior parte dei casi nel contempo con un'impronta industriale e commerciale, sollecitata dall'ambiente concorrenziale nel quale operano e dalla necessità di garantire il principio di economicità.

Pertanto, la Federazione ritiene doveroso esprimere il proprio punto di vista, fermo restando che tale punto di vista – pur argomentato sulla base di precisi riferimenti – rimane al momento innovativo, non registrandosi decisioni giurisprudenziali specificamente concernenti il regime degli appalti delle società in house che gestiscono farmacie comunali.

Il d.lgs. n. 50/2016 si apre affermando: "Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione" (art. 1, comma 1).

Dunque, anche il nuovo Codice ribadisce che le amministrazioni aggiudicatrici, e quindi le Amministrazioni tradizionali (ad esempio: i Comuni e le loro forme associative) nonché gli "organismi di diritto pubblico", sono tenute per i loro acquisti a rispettare le disposizioni in materia di appalti pubblici.

L'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016 precisa che è organismo di diritto pubblico il soggetto, "anche in forma societaria":

“1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

2) dotato di personalità giuridica;

3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”.

Le tre sopra elencate caratteristiche devono sussistere cumulativamente: così l'art. 2, comma 1, n. 4) della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici.

L'aspetto più delicato è, da sempre, l'interpretazione della caratteristica di cui al n. 1): “istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale”.

In proposito, il considerando (10) della direttiva 2014/24/UE appena menzionata puntualizza: “un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene le perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività non dovrebbe essere considerato un «organismo di diritto pubblico», in quanto è lecito supporre che sia stato istituito allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale”.

Sul punto appare rilevante anche quanto di recente statuito dalla giurisprudenza amministrativa relativamente a una società a capitale interamente pubblico (non in house): “la figura dell'organismo pubblico non ricorre allorché la sua missione è esercitata in un contesto economico concorrenziale con i privati, per cui il legame con le autorità amministrative partecipanti non acquisisce rilievo nel confronto competitivo con questi ultimi, nel senso di preservare l'ente partecipato dai rischi di impresa” (Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5930).

Questa affermazione, seppure riferita a un contesto differente, appare in generale spendibile altresì per le società che gestiscono farmacie comunali, proprio perché operanti in concorrenza con le farmacie private e con le parafarmacie (in genere anche queste ultime private), ritraendo inoltre le proprie risorse dall'esercizio dall'attività commerciale. E appare spendibile pure per le società in house che gestiscono farmacie comunali, in quanto non sembra esservi ragione per negare che anche società appartenenti a tale categoria possano venire ricondotte alla fattispecie descritta dal considerando (10) della direttiva 2014/24/UE, quando nei singoli casi concreti ricorrano le caratteristiche ivi indicate.

In definitiva, rispetto alle società di gestione delle farmacie comunali, si può ritenere di essere certamente in presenza di un organismo di diritto pubblico solo quando la società, istituita per esigenze di interesse generale, persegue tali esigenze “operando con metodo non economico, ovvero senza rischio d'impresa”, essendo prevista ad esempio “una qualche forma di intervento finanziario da parte dei soci pubblici che valga a sollevare la società dal detto rischio” (Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3345).

Quanto sopra appare trovare oggi riscontro nel principio sancito dall'art. 1, comma 3 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica): “Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle

società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato”. Dunque, in base all’ordinamento vigente le società a capitale pubblico operano secondo principi e regole comuni alle società private, a meno che il legislatore non introduca puntuali deroghe.

Allo stato non risultano deroghe, per le società a partecipazione pubblica ivi comprese quelle in house, rispetto al principio sancito per il modello societario dall’art. 2247 del Codice civile: anche le società pubbliche devono, quindi, operare con metodo economico e come imprese a tutti gli effetti.

In particolare, se gli statuti evidenziano lo scopo di lucro – altresì attraverso la previsione di utili da distribuire ai soci – si può ritenere che le società, anche quando in house, operano per finalità industriali e commerciali e non con logiche esclusivamente pubblicistiche.

Del resto è significativo che l’art. 5 del d.lgs. n. 50/2016, recependo disposizioni contenute nelle direttive europee del 2014, qualifichi il rapporto tra Ente affidante e società in house come concessione o, a seconda dei casi, come appalto: il rapporto tra Comune titolare della farmacia e società di gestione della farmacia è, quindi, una concessione di servizi e cioè un contratto a titolo oneroso. Pertanto, tale rapporto non può oggi venire ancora qualificato, come accadeva in passato, meramente interno all’Amministrazione pubblica perché, ai sensi di legge, intercorre comunque tra l’Amministrazione e un operatore economico con una propria autonoma soggettività.

Questo nuovo dato normativo sottolinea ulteriormente come nell’attuale contesto ordinamentale le società, anche in house, quando competono in un ambiente concorrenziale e i soci hanno previsto la produzione e distribuzione di utili, sono imprese a tutti gli effetti e hanno la conformazione e le finalità industriali e commerciali proprie delle imprese, ormai comuni (salve limitate ed espresse deroghe) a società pubbliche e private. Esse non sembrano, perciò, riconducibili alla categoria dell’organismo di diritto pubblico, anche tenuto conto del considerando (10) della direttiva n. 2014/24/UE sopra riportato.

Circa le società a partecipazione pubblica che non sono organismo di diritto pubblico, occorre peraltro considerare un’ulteriore disposizione del nuovo Codice dei contratti pubblici contenuta nell’art. 1, comma 3: “Alle società con capitale pubblico anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, si applica la disciplina prevista dai Testi unici sui servizi pubblici locali di interesse economico generale e in materia di società a partecipazione pubblica”.

In primo luogo, la norma ribadisce – ma il dato, lo si è visto, è pacifico – che i soggetti (anche in forma societaria) qualificabili come organismo di diritto pubblico devono osservare, per i loro acquisti, il nuovo Codice dei contratti pubblici; e inoltre sottolinea che non soggiacciono al d.lgs. n. 50/2016 le società che, non essendo organismi di diritto pubblico, producono beni o servizi destinati a essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza.

Infine, per quanto concerne le società che non sono organismo di diritto pubblico e che producono beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, l’art. 1, comma 3 in discorso rimanda alla disciplina contenuta nel Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica di

cui al d.lgs. n. 175/2016 (invece, come è noto, il Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale non è mai entrato in vigore).

Con riguardo alle società a capitale misto pubblico e privato aventi le caratteristiche descritte dall'art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 che non siano organismo di diritto pubblico e che siano costituite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, il comma 6 del predetto art. 17 stabilisce che per la gestione del servizio per il quale sono state specificamente costituite non si applicano le disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 se ricorrono le seguenti condizioni:

- a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica;
- b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita;
- c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo".

Si tratta, peraltro, di una fattispecie che non appare particolarmente rilevante nel settore delle farmacie comunali, perché – come si è anticipato – le società di gestione delle farmacie comunali operano in un mercato concorrenziale.

Relativamente alle società in house, l'art. 16, comma 7 del d.lgs. n. 175/2016 dispone laconicamente che esse "sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016".

Si ritiene che questa affermazione debba venire letta nel contesto complessivo in cui la norma si colloca e cioè a partire dal sopra ricordato art. 1, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016: come si è anticipato, quest'ultima norma stabilisce che il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica disciplina le "società con capitale pubblico anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza".

Dal combinato disposto dell'art. 1, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 16, comma 7 del d.lgs. n. 175/2016, appare dunque possibile desumere che:

- le società in house non sono tutte necessariamente organismi di diritto pubblico: l'art. 1, comma 3 rimanda alla disciplina del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica appunto per le società che non sono organismi di diritto pubblico. Del resto, se tutte le società in house fossero organismi di diritto pubblico, l'art. 16, comma 7 del d.lgs. n. 175/2015 sarebbe superfluo, discendendo la loro sottoposizione alla normativa in tema di appalti pubblici direttamente dall'art. 1, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016;
- le società in house di cui all'art. 16, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016 sono le società che, pur non essendo organismi di diritto pubblico, hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza. Dunque, l'art. 16, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016 non sembra riguardare tutte le società in house e in particolare non sembra riguardare le società in house di gestione delle farmacie comunali che, come si è

anticipato, producono beni e servizi che erogano in concorrenza con le farmacie private e le parafarmacie, secondo logiche sostanzialmente commerciali.

Si deve aggiungere che l'espressione utilizzata nell'art. 16, comma 7 ("sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016") potrebbe anche venire letta nel senso che il legislatore ha inteso ribadire che alle società in house il Codice dei contratti pubblici si applica nella misura in cui tale applicazione sia desumibile già dallo stesso Codice e, quindi, essenzialmente quando siano organismi di diritto pubblico e/o operino in regime di privativa.

Sulla base degli argomenti sopra illustrati, la scrivente Federazione ritiene di poter concludere che:

i) una società di gestione delle farmacie comunali è tenuta a osservare per i propri acquisti il nuovo Codice dei contratti pubblici, ogni volta in cui – per come è conformata – rientra nella categoria dell'organismo di diritto pubblico;

ii) tuttavia, anche alla luce del considerando (10) della direttiva n. 24/2014/UE nonché degli artt. 1, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016 e 16, comma 7 del d.lgs. n. 175/2016, la società, anche in house, di gestione delle farmacie comunali non appare rientrare nel novero degli organismi di diritto pubblico quando, operando in un ambiente concorrenziale, i soci hanno stabilito che essa si prefigge la produzione e distribuzione di utili e sopporta i rischi della sua attività;

iii) alla luce dell'art. 1, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016, si può ritenere che l'art. 16, comma 7 del d.lgs. n. 175/2016 imponga il rispetto del Codice dei contratti pubblici alle sole società in house che, pur non essendo organismi di diritto pubblico, non operano in un mercato concorrenziale e, quindi, è logico ritenere la norma non si riferisca alle società di gestione delle farmacie comunali.

La Federazione ritiene che la lettura di cui sopra risponda alla corretta interpretazione del quadro normativo esaminato e oggi vigente; occorre, peraltro, ribadire che la lettura proposta è al momento innovativa e che, per potersi ritenere definitiva, necessita di conferme a livello ordinamentale.

Pertanto, la Federazione si impegna a sostenere tale lettura in tutte le opportune sedi, anche allo scopo di ottenere un chiarimento normativo o interpretativo ufficiale che consolidi quanto in questa sede argomentato.

IL SEGRETARIO GENERALE
Francesco Schito

