

APPALTI PUBBLICI (accordi tra Pubbliche Amministrazioni - deroga all'obbligo di gara - interesse comune)

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, sentenza 13 novembre 2014, n. 5587.

La sentenza che si segnala offre un'interessante spunto di riflessione circa la natura dell'interesse pubblico che deve sussistere nell'ambito di un accordo tra due Pubbliche Amministrazioni ai fini della disapplicazione della normativa europea in materia di procedure ad evidenza pubblica.

Il caso affrontato dal Consiglio di Stato ha ad oggetto la controversia sorta in merito alla convenzione stipulata tra il Comune di Vinovo ed il Comune di Venaria Reale per la gestione, da parte dell'Azienda Speciale Multiservizi di Venaria Reale, della nuova farmacia comunale del Comune di Vinovo. L'appellante società *Farmacie Comunali di Torino S.p.A.*, ricorrente in primo grado, impugnava detta convenzione sostenendone l'illegittimità in quanto stipulata con l'istituto dell'accordo/convenzione tra enti (di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 267 del 2000), senza che sussistessero i presupposti per omettere il confronto concorrenziale e la valutazione comparativa delle possibili offerte degli altri operatori del mercato (p. 2.1).

Dato l'oggetto del servizio — avente rilevanza sociale (anche) ove svolto attraverso farmacie private (p. 8) — il Consiglio di Stato si trova a dover verificare preliminarmente la sussistenza dell'interesse al ricorso dell'appellante, già negato in primo grado (p. 7). Si tratta, in sostanza, di verificare se l'affidamento a terzi possa costituire una modalità di gestione del servizio farmacie da parte di un Comune e se, perciò, l'impresa ricorrente possa effettivamente ambire a tale affidamento.

A seguito di un'interessante e compiuta analisi della disciplina regolante la gestione delle farmacie, il Collegio risolve positivamente la questione, affermando che, contrariamente a quanto ritenuto dal T.A.R. Piemonte, nella specie sussistesse l'interesse della ricorrente. Ritene infatti il Consiglio di Stato che i sistemi di

gestione diretta disciplinati dall'art. 9 della l. n. 475 del 1968 non siano esclusivi, ma possano essere affiancati anche da modalità diverse di gestione anche non dirette, purché nel rispetto delle regole e dei vincoli imposti all' esercente a tutela dell'interesse pubblico. Tra le forme di gestione ammissibili rientra quindi anche l'affidamento in concessione a terzi della gestione, il quale deve tuttavia essere realizzato coerentemente con la disciplina di evidenza pubblica che, secondo quanto afferma il Collegio, « *costituisce la modalità ordinaria per la scelta di un soggetto diverso dalla stessa amministrazione che intenda svolgere un servizio pubblico* » (p. 18).

Da tale conclusione ne deriva perciò la forte precarietà dell'operazione oggetto di censura, specie alla luce della precedente giurisprudenza del Consiglio di Stato stesso. Proprio in relazione ad un caso inerente la gestione di una farmacia comunale in cui un Comune aveva stipulato « *una convenzione con l'azienda speciale di altro comune appartenente alla stessa provincia ma non confinante né consorziato con il primo* » (p. 22; cfr. sent. sez. III, n. 309 del 21 gennaio 2013), il Collegio ricorda il proprio precedente indirizzo secondo cui « *anche a voler ammettere la possibile applicazione alla gestione delle farmacie comunali delle disposizioni dettate dall'art. 5 del D.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902, che consentono ad un comune di avvalersi dell'azienda speciale di un altro Comune previa convenzione fra i due enti, nella fattispecie la scelta operata era illegittima, sia per la carenza dei presupposti sostanziali (la contiguità territoriale e l'integrazione funzionale), sia per la violazione delle regole procedurali (la stipulazione di una convenzione fra i due enti locali)* » (p. 22.2).

Differenza sostanziale con il citato precedente, tuttavia, è che nel caso qui in esame la Convenzione è stata stipulata tra i due Comuni, al fine di realizzare una collaborazione tra i medesimi (p. 23).

Il Comune di Venaria Reale ha perciò sostenuto che la stipula della Convenzione senza gara risulterebbe in linea con l'eccezione all'applicazione delle norme europee in materia di procedure ad evidenza pubblica contenuta nella Direttiva n. 2014/23/UE. Ai sensi di tale nuova normativa, un contratto concluso esclusivamente fra due amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori non rientra nell'ambito di applicazione della stessa laddove siano soddisfatte le seguenti condizioni cumulative: « *a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a fare in modo che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione* » (Art. 17, par. 4, Direttiva 2014/23/UE).

L'argomento viene tuttavia rigettato dal Consiglio di Stato per un duplice ordine di ragioni: da un lato, secondo il Collegio, l'invocata Direttiva non sarebbe applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie in esame; dall'altro difetterebbe comunque il requisito dell'interesse pubblico comune.

Sotto il primo profilo si può tuttavia rilevare che la statuizione del Collegio appare piuttosto singolare in quanto la normativa europea non ha fatto altro che recepire un precedente orientamento già più volte affermato in sede europea.

Le Direttive hanno infatti meramente confermato quanto già in precedenza espresso dal Parlamento europeo il quale, partendo dal riconoscimento ad opera del Trattato di Lisbona del diritto all'autonomia regionale e locale, ha valorizzato la

possibilità accordata dalla giurisprudenza comunitaria alle autorità pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle missioni di diritto pubblico loro affidate in collaborazione con altre autorità pubbliche [V. Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici — 2009/2175 INI — in particolare paragrafo 9 e seguenti]. In tale prospettiva il Parlamento ha ritenuto che i partenariati pubblico-pubblico, così come gli accordi di collaborazione tra autorità locali, non rientrano nel campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici a condizione che siano soddisfatti criteri del tutto analoghi a quelli recepiti dalle nuove Direttive, ossia: *a.* lo scopo del partenariato deve essere l'esecuzione di un compito di servizio pubblico spettante a tutte le autorità locali in questione; *b.* il compito deve essere svolto esclusivamente dalle autorità pubbliche, senza la partecipazione di privati o di imprese private; *c.* l'attività deve essere espletata essenzialmente per le autorità pubbliche coinvolte.

Ed è particolarmente interessante notare che, secondo la prospettiva accolta dal Parlamento, detti principi hanno validità generale e possono quindi essere applicati alla cooperazione tra tutte le amministrazioni aggiudicatrici pubbliche, e non esclusivamente a quelle locali. Sicché l'argomento del Consiglio di Stato circa l'inapplicabilità *ratione temporis* della nuova disciplina appare inidoneo a superare il rilievo del Comune [Cfr. risoluzione, par. 11].

Anche perché la prospettiva accolta dal Parlamento europeo ha trovato da tempo l'avvallo della giurisprudenza europea, proprio in risposta ad una questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato stesso in merito agli accordi tra amministrazioni [Ordinanza del Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2011, n. 966]. La Corte, infatti, ha sottolineato che un contratto tra pubbliche amministrazioni — se pur astrattamente non sottratto all'obbligo di gara per il sol fatto di essere stipulato tra soggetti pubblici o di prevedere una remunerazione limitata al rimborso delle spese [Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2012, nella causa C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.*, punto 29] — può essere esentato dall'onere della gara qualora sia volto ad istituire una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi [Sentenza *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.*, cit., punto 34, ed anche sentenza del 9 giugno 2009, nella causa C-480/06, *Commissione/Germania*, punto 37].

L'argomento del Comune, perciò, avrebbe certamente meritato qualche maggior considerazione, anche laddove si volesse comunque escludere l'applicabilità della relativa eccezione per difetto di uno dei requisiti, come ha ritenuto di concludere il Collegio.

Il secondo accennato motivo di rigetto della difesa avanzata dall'Amministrazione si fonda infatti sulla convinzione del Collegio che la Convenzione stipulata tra i due Enti « *non è finalizzata al raggiungimento di un comune obiettivo ed al perseguimento di un interesse pubblico comune, ma costituisce l'espressione di interessi diversi dei due Comuni, uno dei quali, il Comune di Venaria Reale, persegue il solo interesse di assicurare una utilità economica alla propria Azienda di Servizi* » (p. 25).

Più in particolare, afferma il Collegio che « *non risulta provata in alcun modo, nella fattispecie, una integrazione funzionale fra gli interessi dei due comuni, né viene dimostrata l'esistenza di un interesse pubblico del Comune di Venaria Reale alla gestione della farmacia comunale di Vinovo in relazione ad esigenze dei propri*

residenti a servirsi (anche) di tale farmacia (ad esempio per l'esistenza di un forte fenomeno di pendolarismo legato alla presenza di plessi scolastici o di aziende ospedaliere).

In assenza di obiettivi comuni, nella fattispecie è stato quindi snaturato lo strumento della collaborazione fra enti disciplinato dall'art. 15 della L. n. 241 del 1990 e dall'art. 30 del D.Lgs. n. 267 del 2000 ed è stata elusa la disciplina concorrenziale dettata per l'affidamento a terzi dei servizi pubblici » (p. 25).

Ma nel contesto attuale in cui vi è un costante tentativo di ridurre la spesa pubblica, al contempo snellendo o del tutto sopprimendo le strutture inefficienti, ivi incluse le società partecipate, non è del tutto chiaro perché non possa corrispondere ad un interesse comune degli Enti l'efficientamento delle proprie gestioni attraverso una soluzione che possa garantire minori spese e, magari, maggiori entrate. Non pare dunque convincente l'implicita posizione del Consiglio di Stato secondo cui l'interesse comune andrebbe ricercato esclusivamente nel soddisfacimento finale degli utenti del servizio, senza considerare il più ampio spettro di interessi pubblici facenti capo ai soggetti stipulanti la Convenzione.

Anche perché, come afferma lo stesso Collegio, « *gli accordi tra pubbliche amministrazioni regolati dalla legge fondamentale sul procedimento amministrativo (art. 15) sono preordinati al coordinamento dell'azione di diversi apparati amministrativi, ciascuno portatore di uno specifico interesse pubblico e possono essere utilizzati come forma di collaborazione per la più efficiente ed economica gestione di servizi pubblici* » (p. 25.1).

Nella specie, delle due, quello che pare carente non è tanto un interesse comune ai due soggetti, che potrebbe ben essere ricercato nella predisposizione di un modello di gestione economicamente efficiente — il che peraltro andrebbe indubbiamente a vantaggio anche degli utenti finali —, ma la dimostrazione preventiva di tale interesse. Sarebbe stata infatti necessaria un'analisi preventiva che desse evidenza dell'opportunità economica della scelta, e quindi dell'interesse a conseguire una gestione efficiente, non potendo a ciò sopperire una difesa giudiziale postuma.

GHERARDO CARULLO