



REPUBBLICA ITALIANA
LA
CORTE DEI CONTI
IN
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Gianluca Braghò	Referendario (relatore)
dott. Massimo Valero	Referendario
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott.ssa Laura De Rentiis	Referendario
dott. Donato Centrone	Referendario
dott. Francesco Sucameli	Referendario
dott. Cristiano Baldi	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario
dott. Fabio Franconiero	Referendario

nell'adunanza in camera di consiglio del 6 dicembre 2011

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota n. 6921 di protocollo in data 3 novembre 2011, con la quale il sindaco del comune di Samolaco (SO) ha richiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del sindaco del comune di Samolaco (SO);

Udito il relatore dott. Gianluca Braghò;

PREMESSO CHE

Il sindaco del comune di Samolaco (SO), con nota n. 6921 del 3 novembre 2011, riferisce quanto segue:

- con deliberazione del consiglio comunale n. 4 del 25.02.2008, esecutiva ai sensi di legge, il comune di Samolaco chiedeva alla Regione Lombardia l'istituzione di una seconda sede farmaceutica nel proprio territorio;
- la Regione Lombardia ha istruito la richiesta e con delibera di giunta regionale n. 8/7541 del 27.06.2008 ha deliberato, in sede di revisione della pianta organica delle sedi farmaceutiche, di istituire una seconda sede farmaceutica a Samolaco;
- la Regione Lombardia, ai sensi dell'art. 10 della legge 475/68 e dell'art. 2 della L.R. n. 46/83, ha avanzato al comune offerta di prelazione;
- il comune di Samolaco, con propria deliberazione n. 26 del 24.07.2008, ha esercitato il diritto di prelazione;
- con deliberazione del consiglio comunale n. 5 del 20.04.2009 l'ente ha approvato la costituzione di una società a responsabilità limitata con la denominazione "Samolaco Farmacia s.r.l."

- il sindaco esclude la possibilità di una forma di gestione diretta per esigenze di bilancio connesse alla spesa per il personale e per la mancanza in organico della figura del farmacista.

Ciò premesso, alla luce della vigente normativa e in considerazione di quanto disposto in merito alla possibilità di costituzione e mantenimento di società partecipate, il sindaco s'interroga:

- se sia possibile procedere alla costituzione della società come deliberato dal consiglio comunale, considerato che la popolazione residente risulta essere di circa 3.000 abitanti;
- qualora ciò non sia possibile, se si possa optare per la concessione a terzi, previa gara ad evidenza pubblica.

AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA

La richiesta di parere di cui sopra è intesa ad avvalersi della facoltà prevista dalla norma contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, la quale dispone che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possono chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti "pareri in materia di contabilità pubblica".

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge 131/2003, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

La Sezione, preliminarmente, è chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità della richiesta, con riferimento ai parametri derivanti dalla natura della funzione consultiva prevista dalla normazione sopra indicata.

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, si osserva che il sindaco del comune è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.

Pertanto, la richiesta di parere è ammissibile soggettivamente poiché proviene dall'organo legittimato a proporla.

AMMISSIBILITA' OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo, occorre rilevare che la disposizione, contenuta nel comma 8, dell'art. 7 della legge 131/03, deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli

obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriore rispetto a quelle del precedente comma rese esplicite, in particolare, con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

Appare conseguentemente chiaro che le Sezioni regionali della Corte dei conti non svolgono una funzione consultiva a carattere generale in favore degli enti locali ma che, anzi, le attribuzioni consultive si connotano sulle funzioni sostanziali di controllo collaborativo ad esse conferite dalla legislazione positiva.

Al riguardo, le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenendo con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica ai sensi dell'art. 17, co. 31 del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno delineato una nozione unitaria della nozione di contabilità pubblica incentrata sul "sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici", da intendersi in senso dinamico anche in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (Delibera n. 54, in data 17 novembre 2010).

Il limite della funzione consultiva, come sopra delineato, esclude qualsiasi possibilità di intervento della Corte dei conti nella concreta attività gestionale ed amministrativa che ricade nella esclusiva competenza dell'autorità che la svolge; nonché esclude, altresì, che la funzione consultiva possa interferire in concreto con competenze di altri organi giurisdizionali.

Dalle sopraesposte considerazioni consegue che la nozione di contabilità pubblica va conformandosi all'evolversi dell'ordinamento, seguendo anche i nuovi principi di organizzazione dell'amministrazione, con effetti differenziati, per quanto riguarda le funzioni della Corte dei conti, secondo l'ambito di attività.

Con specifico riferimento alla richiesta oggetto della presente pronuncia la Sezione osserva che rientra nella materia della contabilità pubblica, poiché attiene all'utilizzo dello strumento societario per la gestione di risorse pubbliche al fine di realizzare attività di competenza dell'ente. Si tratta, quindi, di una questione che incide direttamente sia sull'allocazione delle risorse finanziarie della collettività e, in ultima analisi, sulla materia dei bilanci pubblici, che sulla composizione del patrimonio pubblico, anche in relazione alle sue modalità di utilizzo e gestione.

La richiesta di parere in esame risponde ai requisiti indicati sopra, è da ritenere ammissibile e può essere esaminata nel merito.

MERITO

Con la richiesta in esame, il sindaco del comune di Samolaco ha posto alla Sezione un quesito in ordine alla possibilità per un ente territoriale con popolazione di circa 3.000 abitanti di utilizzare la partecipazione in una società di capitali per raggiungere alcune specifiche finalità.

Preliminarmente, è necessario evidenziare che il fenomeno delle esternalizzazioni e della gestione delle società partecipate è stato affrontato con carattere di sistematicità e completezza da questa Sezione, fra le altre, nelle deliberazioni n. 10/2008, n. 270/2008, n. 561/2011 (oltre che nelle indagini sulle esternalizzazioni per gli esercizi 2009 e 2010, approvati rispettivamente con deliberazione n. 1008/2009/COMP e n. 1051/2010/COMP). Nelle citate delibere, in particolare, sono delineati i principi e i limiti derivanti dalla scelta organizzativa rimessa ai competenti organi dell'Amministrazione comunale di dare corso alla costituzione di società di capitali o al mantenimento di quote di partecipazione in strutture societarie di diritto civile, alla luce del quadro normativo nazionale e comunitario di riferimento.

La possibilità di ricorrere allo strumento societario è per legge correlato ai fini dell'ente pubblico e deve essere circoscritto al soddisfacimento di effettive esigenze istituzionali dell'ente medesimo, anche allo scopo di evitare che lo schema societario venga utilizzato impropriamente per eludere le normative pubblicistiche in tema di controlli sulla finanza pubblica ed in materia di Patto di stabilità interno nonché di arginare l'abuso di forme privatistiche da parte di talune amministrazioni pubbliche, presenti sovente in settori estranei alla loro missione istituzionale.

L'effetto ultimo dei ripetuti interventi normativi in materia è quello di tutelare gli equilibri della pubblica finanza, contenendo i costi delle società costituite o partecipate da alcuni enti pubblici, tra cui i comuni (Sez. reg. contr. Per il Veneto, parere in data 14 gennaio 2009).

Particolarmente restrittivi sono, poi, i limiti posti dall'art. 3, commi 27 e ss., della legge 27 dicembre 2007, n.244 che fa divieto alle amministrazioni pubbliche di costituire società e di assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni anche di minoranza in società, aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi, non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, salvo costituire o assumere partecipazioni in società che producono servizi di interesse generale.

Limiti ancora più stringenti pone la legislazione finanziaria per quanto concerne la costituzione di nuove società partecipate ad iniziativa dei comuni demograficamente minori.

I comuni inferiori ai 30.000 abitanti non possono costituire società e devono dismettere le partecipazioni già in essere, salvo determinate eccezioni previste dall'art. 14, comma 32, del D.L. 31 maggio 2010, n.78, convertito nella legge 30 luglio 2010, n.122, come modificata dall'art. 1 comma 117 della legge 13 dicembre 2010, n.220 e, da ultimo, dall'art. 16 comma 13 del D.L. 13 agosto 2011, n.138.

Il limite alla costituzione di nuove società per gli enti locali sotto la soglia demografica di 30.000 abitanti, si applica direttamente al comune di Samolaco.

Al riguardo, si osserva che l'amministrazione precisa di aver approvato la costituzione di una società a responsabilità limitata con la denominazione "Samolaco Farmacia s.r.l." con delibera 20 aprile 2009, n.5, quale conseguenza dell'esercizio del diritto di prelazione notificato alla regione Lombardia in data 24 luglio 2008.

La società non è ancora stata formalmente costituita, né iscritta nel registro delle imprese.

Ne consegue che, alla luce dei parametri e delle condizioni normative imposte dalla suesposta disposizione (art. 14, comma 32, D.L. 31 maggio 2010, n.78), la costituzione di una società a responsabilità limitata allo scopo di rendere il servizio farmaceutico, da parte di un comune avente popolazione inferiore a 30.000 abitanti, non risulta conforme al dettato legislativo.

Venendo alla richiesta subordinata, ovvero se si possa optare per la concessione a terzi, previa gara ad evidenza pubblica, mantenendo in capo al comune la titolarità del servizio di farmacia, si sottolinea che al di fuori dello schema societario, la legge attualmente in vigore (c.d. legge "Mariotti", 2 aprile 1968, n.475) prevede che le farmacie di cui sono titolari i comuni o quelle acquisite in seguito all'esercizio del diritto di prelazione possono essere gestite in una delle seguenti forme:

- a) in economia;
- b) a mezzo azienda speciale;
- c) a mezzo consorzi tra comuni per la conduzione di farmacie di cui sono 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 l'ente abbia la titolarità. All'atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra l'amministrazione comunale e i predetti professionisti.

L'art. 14 comma 32 del citato decreto finanziario impedisce la percorribilità della società mista, poiché il divieto di costituire nuove società non distingue fra società totalitaria e società mista, ma è riferito alle partecipazioni pubbliche locali *tout court*.

Peraltro, i modelli di gestione del servizio di farmacia comunale previsti dall'art. 9 della legge 2 aprile 1968, n.475, non hanno carattere tassativo (sul punto cfr. deliberazione Sezione contr. Lombardia 26 settembre 2011 n.489).

Sulla percorribilità di erogare il servizio farmaceutico mediante la costituzione di un organismo comunale non societario, il sindaco sottolinea l'impossibilità di una gestione diretta alla luce dei vincoli finanziari correlati al rispetto dei tetti di spesa di personale e alla mancanza nell'organico comunale della figura del farmacista. Sia la gestione diretta, che la gestione tramite organismo partecipato non societario comporterebbe a carico del comune la necessità di assumere personale, il cui onere finanziario ricadrebbe nel perimetro delle spese di personale dell'ente e nei limiti assunzionali.

Al fine di superare tali ostacoli il comune ipotizza la concessione a terzi del diritto di esercitare il servizio farmaceutico, previa gara ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario.

Orbene, è indubitabile che l'attività di gestione delle farmacie comunali si configuri quale servizio pubblico essenziale, a carattere locale e a tendenziale rilevanza economica.

Siffatta qualificazione giuridica è sostenuta dalle argomentazioni contenute nella sentenza della Corte Costituzionale 10 ottobre 2006, n.87, a tenore della quale: *"la tesi secondo cui si tratterebbe della materia del "commercio" non è condivisibile ...la materia della organizzazione del servizio farmaceutico, non diversamente da quanto già avveniva sotto il regime anteriore alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), va ricondotta al titolo di competenza concorrente della tutela della salute. La complessa regolamentazione pubblicitica dell'attività economica di rivendita dei farmaci è infatti preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista."*

La natura pubblicitica del servizio si rileva, altresì, in base ad una serie di indici di carattere formale e sostanziale al cospetto dei quali la legge 2 aprile 1968 n.475 subordina il concreto esercizio dell'attività. L'apertura di una farmacia è soggetta ad autorizzazione amministrativa rilasciata con provvedimento definitivo a cura dell'autorità sanitaria competente per territorio (art. 1 comma 1). La pianta organica delle farmacie, l'ubicazione e il numero devono essere previsti da un atto amministrativo comunale (art. 2). Il numero delle farmacie presenti sul territorio è stabilito in proporzione alla popolazione comunale (art. 1 commi 2 e 3). La resa del servizio è affidato ad esercenti la professione di farmacista (artt. 10-13). La legge determina le forme con le quali i comuni possono gestire il servizio (art. 9).

Sotto il profilo sostanziale, si pensi al rilievo che la distribuzione e la messa a disposizione tempestiva di farmaci alla cittadinanza rappresenta una delle più esplicite espressioni del diritto alla salute dei cittadini, soprattutto per i farmaci alla cui commercializzazione il Servizio Sanitario Nazionale contribuisce, in tutto o in parte, a pagare il costo di produzione e di vendita.

Ferma la discrezionalità rimessa all'ente locale di compiere in concreto la scelta più opportuna con cui perseguire la cura concreta dell'interesse pubblico, la Sezione osserva che l'ordinamento assegna al comune il diritto di prelazione su una quota delle sedi farmaceutiche resesi vacanti o di nuova istituzione. Prelazione che il comune di Samolaco ha effettivamente esercitato nei termini proposti dalla Regione, in conformità con la delibera di giunta regionale n.8/7541 del 26 luglio 2008, istitutiva di una seconda sede farmaceutica nel predetto territorio comunale.

Il comune ha pertanto esercitato, *pleno jure*, le proprie legittime prerogative di acquisizione della titolarità del servizio farmaceutico. La prelazione legale in favore dell'ente locale ha natura di prelazione di diritto pubblico, in cui la preferenza concessa all'amministrazione comunale si atteggia quale diritto potestativo pieno, senza la clausola della parità di altre condizioni. L'esercizio della prelazione si perfeziona con la decisione a cura dell'amministrazione locale di volerne profittare, consacrata in una delibera *ad hoc*.

Ciò posto, la normativa settoriale applicabile al servizio farmaceutico comunale non consente una scissione fra la titolarità del servizio e il suo concreto esercizio mediante lo strumento tipico della concessione a terzi. Sulla questione la Sezione si è già espressa rispondendo ad analogo quesito con la deliberazione 3 febbraio 2011, n.70/2011/PAR, in forza della quale si afferma che "*nell'attuale quadro normativo, non è possibile condurre una farmacia municipale in regime concessorio a terzi, sia pur individuati con gara ad evidenza pubblica*", poiché è necessario che l'ente locale mantenga il controllo e la gestione diretta di una propria funzione istituzionale, in coerenza con la finalità di servizio pubblico essenziale insita nel servizio farmaceutico. Inerenza con una pubblica funzione da ritenersi caratteristica prevalente rispetto all'indubbia natura commerciale dell'attività di farmacista.

In sintesi, l'impraticabilità del modello concessorio riposa sul fine pubblico in vista del quale è stata concepita la prelazione legale in favore dei comuni. In tanto la legge conferisce ai comuni il diritto di preferenza rispetto ai privati, in quanto il servizio di farmacia comunale si connota di tratti pubblicistici, di matrice assistenziale e sanitaria, la cui cura concreta richiede l'intervento della pubblica amministrazione nella gestione dell'attività.

Se l'amministrazione esercita la prelazione farmaceutica, l'opzione presuppone la decisione "a monte" di assumere direttamente la gestione del servizio nelle forme previste dalla legislazione Mariotti o nelle forme societarie consentite dalla legislazione

finanziaria. L'esercizio della prelazione cui consegue la rimessione del servizio a terzi mediante concessione, sia pur individuati con gara ad evidenza pubblica, si configura quale sequenza decisionale incoerente con il modello gestionale attualmente in vigore, rivelandosi pertanto non attuabile.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore
(Dott. Gianluca Braghò)

Il Presidente
(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
il 12/12/2011
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)