



**REPUBBLICA ITALIANA**

**LA**

**CORTE DEI CONTI**

**SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO**

**PER LA LOMBARDIA**

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giorgio Cancellieri	Consigliere
dott. Giuliano Sala	Consigliere
dott. Giancarlo Penco	Consigliere (relatore)
dott. Angelo Ferraro	Consigliere
dott. Giancarlo Astegiano	I Referendario
dott. Gianluca Braghò	Referendario
dott. Alessandra Olessina	Referendario
dott. Massimo Valero	Referendario

**nell' adunanza dell' 05 marzo 2009**

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 legge 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, commi 166 e seguenti;

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'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

vista l'ordinanza n. 32 del 09 febbraio 2009 con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del Sindaco del comune di Virgilio (Mn).

Udito il relatore, dott. Giancarlo Penco.

### **Premesso**

Con nota Prot. n. 1766 del 4 febbraio 2009 il Sindaco del Comune di Virgilio (Mn), segnala che l'ente ha deliberato di assumere la titolarità di una farmacia di nuova istituzione, avvalendosi del diritto di prelazione previsto dall'art. 9 della legge 2/4/1968 n. 475 e succ. modif.

Il Sindaco chiede il parere della Sezione in ordine alle possibili forme di gestione del servizio alla luce della disciplina introdotta dall'art. 23 bis del D.L. convertito nella legge 133/2008.

Viene anche richiesto se la scelta relativa alla forma di gestione del servizio possa incidere sulle modalità di rispetto dei vincoli stabiliti in materia di spesa di personale come modificati dall'art. 76 del D.L. convertito nella legge 133/08, tenuto conto che il Comune non ha rispettato il patto di stabilità per l'anno 2007, ma lo ha rispettato per l'anno 2008, recuperando lo scostamento rispetto agli obiettivi 2007

### **Considerato**

Ai fini dell'ammissibilità della richiesta di parere il primo punto da esaminare è l'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7 comma ottavo, della legge 5 giugno 2003, n. 131, norma in forza della quale Regioni, Province e Comuni possono chiedere a dette Sezioni pareri in materia di contabilità pubblica nonché ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

In proposito questa Sezione ha precisato in più occasioni, che la norma in esame, il cui contenuto risulta ancora poco approfondito sia dalla giurisprudenza contabile che dalla dottrina, consente alle amministrazioni regionali, provinciali e

comunali, di rivolgere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti due diverse tipologie di richieste (delibera n. 9, in data 12 marzo 2007).

Da un lato, possono domandare l'intervento della magistratura contabile al fine di ottenere forme di "collaborazione", non specificate dalla legge, dirette ad assicurare la regolare gestione finanziaria dell'ente ovvero l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa.

Dall'altro possono richiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

La funzione consultiva, che nei primi anni di applicazione della legge è stata la principale forma di collaborazione attivata dalle amministrazioni locali, non esaurisce quindi la possibilità di intervento delle Sezioni regionali della Corte dei conti, in seguito a specifiche richieste degli enti territoriali.

Anzi, in base alla formulazione della norma non sembrerebbe neppure essere la principale forma di collaborazione poiché nella prima parte del comma ottavo dell'art. 7 è chiaramente specificato che gli enti territoriali possono domandare alle Sezioni regionali della magistratura contabile "ulteriori forme di collaborazione", con l'unico limite della finalizzazione alla regolare gestione finanziaria dell'ente e dallo svolgimento della azione amministrativa secondo i parametri dell'efficienza e dell'efficacia.

L'intensificarsi dell'uso degli strumenti collaborativi innanzi indicati richiede ulteriori approfondimenti sulla natura e sull'ambito della funzione indirizzati al suo corretto esercizio.

In proposito va considerato che l'attribuzione della funzione consultiva alle Sezioni Regionali della Corte dei conti si situa nell'ambito dell'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale n. 3/2001 che ha radicalmente modificato il titolo V della Costituzione.

In conseguenza della equiordinazione degli enti territoriali allo Stato (art. 114), e della necessaria abrogazione di ogni forma di controllo amministrativo esterno sulle Regioni (art. 124), sulle Province e sui Comuni (art. 130), il legislatore ha inteso permettere agli enti territoriali di avvalersi della collaborazione della Corte dei conti, organo magistratuale che opera quale garante imparziale nell'interesse dello Stato comunità (Corte cost. 12 – 27 gennaio 1995, n. 29), e, dopo la riforma costituzionale, di tutti gli enti che costituiscono la Repubblica (Corte cost. 11 ottobre – 9 novembre 2005, n. 417)

Le nuove attribuzioni conferite alla Corte dei conti appaiono così finalizzate ad individuare un organo neutrale che in materia di coordinamento della finanza pubblica interagisce tra i vari livelli di governo della Repubblica a tutela delle istanze e prerogative di ciascuno di essi in una materia quale quella della finanza pubblica che all'evidenza condiziona l'esercizio di tutte le funzioni pubbliche.

Contemporaneamente le modalità di esercizio del controllo e le ulteriori attribuzioni intestate alla Corte di conti intendono esaltare la natura collaborativa della funzione, propedeutica allo svolgimento dell'attività degli enti territoriali secondo il principio di legalità e soprattutto di legalità finanziaria.

In proposito questa Sezione ha più volte posto in luce che la nozione di legalità riferita alla attività della pubblica amministrazione si è andata approfondendo ed arricchendo, investendo l'esercizio del potere conferito all'amministrazione non solo al rispetto delle disposizioni normative ma anche alla sua rispondenza ai principi di buona amministrazione canonizzati nell'art. 97 della Costituzione. Anzi quest'ultimo aspetto del principio di legalità va assumendo sempre maggior rilievo, dal momento che la pubblica amministrazione, ed in particolar modo gli enti territoriali, assicurano ai cittadini servizi pubblici, il cui livello delimita le loro condizioni di vita. Ne consegue l'esigenza di assicurare il rispetto del principio di legalità, come sopra inteso, sia preventivamente in sede del processo decisionale degli amministratori dell'ente sia in sede di verifica dell'attività attraverso i controlli interni ed il controllo esterno collaborativo.

La funzione di cui al comma ottavo dell'art. 7 della legge n. 131/2003 si connota così come facoltà conferita agli amministratori di Regioni, Comuni e Province di avvalersi di un organo neutrale e professionalmente qualificato per acquisire elementi necessari ad assicurare la legalità della loro attività amministrativa.

I pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nei procedimenti amministrativi degli enti territoriali consentendo sulle tematiche sulle quali la collaborazione viene esercitata scelte adeguate e ponderate nello svolgimento dei poteri che pertengono agli amministratori pubblici, restando peraltro esclusa qualsiasi forma di cogestione o coamministrazione con l'organo di controllo esterno.

Alla luce delle esposte considerazioni va delimitato l'ambito di legittimazione soggettiva ed oggettiva degli enti ad attivare le forme di collaborazione.

Quanto all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, occorre premettere che la Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, con documento approvato nell'adunanza del 27 aprile 2004, ha fissato principi e modalità di esercizio dell'attività consultiva, al fine di garantire l'uniformità di indirizzo in materia, limitando l'ammissibilità delle richieste, sul piano soggettivo, agli organi rappresentativi degli Enti (nel caso del comune, il Sindaco o, nel caso di atti di normazione, il Consiglio comunale). Inoltre si è ritenuto che la mancata costituzione del Consiglio delle Autonomie Locali non costituisca elemento ostativo all'ammissibilità della richiesta, poiché l'art. 7, comma ottavo, della legge n. 131/2003 usa la locuzione "di norma", non precludendo, quindi, in linea di principio, la richiesta diretta da parte degli enti.

In tal senso, questa Sezione, con deliberazione n. 1 in data 4 novembre 2004, ha già precisato che "non essendo ancora costituito in Lombardia il Consiglio delle autonomie, previsto dall'art. 7 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che modifica l'art. 123 della Costituzione, i Comuni possono, nel frattempo, chiedere direttamente i pareri alla Sezione regionale".

Limiti alla legittimazione oggettiva vanno invece stabiliti solo in negativo. In proposito va infatti posto in luce che la nozione di "contabilità pubblica" deve essere intesa nella ampia accezione che emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di giurisdizione della Corte dei conti ed investe così tutte le ipotesi di spendita di denaro pubblico oltre che tutte le materie di bilanci pubblici, di procedimenti di entrate e di spesa, di contrattualistica che tradizionalmente e pacificamente rientrano nella nozione. D'altro canto la norma in discussione non fissa alcun limite alle richieste di altre forme di collaborazione.

In negativo, senza peraltro voler esaurire la casistica, va posta in luce la inammissibilità di richieste interferenti con altre funzioni intestate alla Corte ed in particolare con l'attività giurisdizionale; richieste che si risolvono in scelte gestionali, come si è detto di esclusiva competenza degli amministratori degli enti; richieste che attengono a giudizi in corso; richieste che riguardano attività già svolte, dal momento che i pareri sono propedeutici all'esercizio dei poteri intestati agli amministratori e non possono essere utilizzati per asseverare o contestare provvedimenti già adottati.

Sussistono pertanto in proposito tutte le condizioni di ammissibilità della richiesta di parere.

## **Ritenuto**

L'esame del quesito proposto dal comune di Virgilio presuppone il chiarimento di talune questioni.

Va innanzitutto ricordato che l'esercizio di farmacie e la loro distribuzione sul territorio in rapporto alla popolazione costituisce una modalità per assicurare un diritto costituzionalmente garantito qual'è quello alla salute. In un tale presupposto trova fondamento la normativa che regola il servizio farmaceutico di cui alla legge n. 475/1968, prevedendo l'attribuzione della titolarità della farmacia a privati dotati di particolari requisiti e fortemente regolamentati nell'ambito di un ordinamento regionale ovvero ai comuni entro un limite massimo prefissato.

Ai fini del parere vengono in rilievo appunto i limiti e le modalità di attribuzione della titolarità della farmacia ai comuni.

Va in proposito posto in evidenza che l'art. 9 della legge n. 475/1968 attribuisce ai comuni la facoltà di acquisire la titolarità di farmacie vacanti o di nuova istituzione. Si tratta di una riserva, sia pure limitata, che trova il proprio fondamento nell'art. 43 Cost., norma derogativa conformativa dell'art. 41 Cost.

In questo quadro vanno inserite le problematiche relative alla applicabilità alla fattispecie del disposto dell'art. 3, commi 27-32 della legge n. 244/2007.

La norma intende operare un rilevante contenimento delle società pubbliche, legandone la costituzione o il mantenimento anche della sola partecipazione alle attività di produzione o di servizi strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali ovvero di produzione di servizi di interesse generale.

In ogni caso, ai sensi del comma 28 dell'art. 3 della citata legge n. 244/2007 "l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali debbono essere autorizzate dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza di presupposti di cui al comma 27".

Vanno, pertanto individuate le modalità di applicazione delle disposizioni della legge finanziaria 2008 allo specifico settore delle farmacie.

Le modalità per assicurare il servizio di gestione della farmacia si articolano in primo luogo attraverso la individuazione di bacini di utenza minimi e massimi su base territoriale che conformano ma anche limitano l'attività attraverso una autorizzazione.

Si tratta peraltro di una attività assoggettata a forti vincoli di natura pubblicistica in relazione alla finalità perseguita.

Il servizio è assicurato anche attraverso l'attribuzione della titolarità delle farmacie vacanti o di nuova istituzione al comune nel limite del 50 per cento.

È oggi pacifico che il farmacista sia imprenditore commerciale, sia perché qualificato per legge come professionista intellettuale, sia perché oggetto prevalente dell'attività del farmacista sono i rapporti di compravendita e cioè la vendita al pubblico di prodotti farmaceutici acquistati sul mercato.

Circa le modalità di gestione si deve ritenere che, in base alla disciplina di settore prima richiamata, il servizio possa essere effettuato in economia, a mezzo di azienda speciale o di consorzio tra comuni e mediante società di capitali, in linea con quanto affermato dalla Sezione Regionale di Controllo della Corte dei conti della Puglia con deliberazione n. 3/PAR/2008. La scelta tra le varie forme di gestione è deferita a determinazioni discrezionali dell'ente, peraltro da motivare adeguatamente.

Rilevato che viene da più parti riconosciuta la piena ammissibilità della scissione tra titolarità e gestione (cfr. TAR Campania Sez. V – 9/10/2008 n. 14697) il Comune, ove ritenesse di optare per la forma della società di capitali, dovrà tenere conto delle profonde modificazioni legislative intervenute ed in particolare dell'art. 23 bis del D.L. convertito in legge 133/2008 avente l'obiettivo di garantire la massima tutela ai principi di libera concorrenza, secondo gli orientamenti dell'U.E., tenendo presente che si tratta di un servizio pubblico a rilevanza economica (cfr in proposito delib. n.195/2009/PAR).

Il quesito del Sindaco di Virgilio pone inoltre alcuni significativi interrogativi in ordine agli effetti che la scelta della forma di gestione possa comportare con riferimento ai vincoli posti alla spesa di personale dall'art. 1 comma 557 della legge 296/06 come modificato dall'art. 3 commi 120 e 121 della legge 244/07 e dall'art. 76 del D.L. convertito nella legge 133/08.

Questa Sezione ha avuto modo di esprimere le proprie valutazioni in argomento nel senso che se il Comune non ha rispettato il patto di stabilità nell'esercizio precedente, opera nei suoi confronti il divieto posto dall'art. 76 comma 4 della legge 133/08 di assumere nuovo personale e, correlativamente, di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che si configurino elusivi del divieto di assunzione del personale (cfr. Corte dei conti Lombardia n. 79/pareri/08).

Dato che il Comune di Virgilio ha rispettato il patto di stabilità per il 2008, tale divieto non opera nell'esercizio 2009 e quindi il gestore potrà assumere nuovo personale.

Va sottolineata in proposito la disciplina introdotta dall'art. 3 comma 30 della legge finanziaria 2008 che, in un'ottica globale, pone regole volte ad assicurare l'efficacia del servizio reso e l'economicità complessiva della struttura organizzativa dell'ente (cfr. Deliberazione 85/pareri/08 e n. 270/08 di questa Sezione).

Il comune deve pertanto valutare l' "an" e il "quomodo" sulle forme di gestione del servizio che assicurino un equilibrato rapporto tra costi e ricavi in base ad un piano pluriennale che tenga conto:

1. dell'obbligo posto dalle norme richiamate di contenimento della spesa del personale assunto sia in via diretta che indiretta (per esempio attraverso l'esternalizzazione del servizio).
2. della prospettiva che anche la società affidataria di servizi pubblici locali venga assoggettata al patto di stabilità interno ed ai vincoli di finanza pubblica come prevede l'art. 23 bis comma 10 del D.L. convertito in legge 133/08, la cui attuazione è rinviata all'emanazione di apposito regolamento.

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione

**II Relatore**

Giancarlo Penco

**II Presidente**

Nicola Mastropasqua

Depositata in Segreteria il

11 maggio 2009

Il Direttore della Segreteria

dott.ssa Daniela Parisini