



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

nell'adunanza in camera di consiglio del 14 settembre 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. 13211 di protocollo in data 4 luglio 2011, con la quale il sindaco del comune di Casalmaggiore (CR) ha richiesto un parere in materia di contabilità

pubblica inerente l'attività di gestione della farmacia comunale esercitata da una società totalmente partecipata;

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 Casalmaggiore (CR);

Udito il relatore dott. Gianluca Braghò;

PREMESSO CHE

Il sindaco del comune di Casalmaggiore (PV), con nota n. 13211 del 4 luglio 2011, ha chiesto un duplice parere della Sezione in ordine all'attività di gestione di farmacia comunale esercitata da una società totalmente partecipata dal comune.

Il sindaco nella richiesta di parere riferisce quanto segue:

- il comune detiene una partecipazione totalitaria nell'Azienda Farmaceutica Municipale s.r.l., che esercita l'attività di gestione della farmacia comunale;
- il D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 (Regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis* del D.L. n. 112/2008 e successive modificazioni) ha previsto l'obbligo, per le società *in house* e per quelle a partecipazione mista pubblica e privata affidatarie di servizi pubblici locali, di applicare, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al D. Lgs. n. 163/2006;
- lo stesso regolamento ha stabilito che le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui all'art. 35 comma 3 del D. Lgs. n. 165/2001;
- l'entrata in vigore delle predette norme ha sollevato dubbi interpretativi e, in particolare, l'applicabilità o meno delle stesse alle società di gestione delle farmacie comunali, anche in riferimento all'art. 1 del D.P.R. 168/2010, che stabilisce che il regolamento si applica ai servizi pubblici locali, ma non anche alle attività descritte nel successivo comma 3, tra le quali appunto la gestione delle farmacie comunali;
- la gestione delle farmacie comunali comprende ogni aspetto preordinato all'erogazione del servizio pubblico ivi compreso e, pertanto, l'acquisizione di beni e servizi e l'assunzione del personale;

- né l'art. 23 *bis* del soprammenzionato D.L. 112/2008, né il suo regolamento attuativo lasciano in alcun modo intendere che le norme in essi contenute debbano applicarsi alle farmacie comunali, lasciando al contrario intendere che le farmacie comunali siano sottratte, per ogni aspetto, sia all'uno che all'altro;
- il D. Lgs. 163/2006, richiamato dal D.P.R. n. 168/2010, conferma che le società di gestione delle farmacie comunali – che operano in competizione con quelle private – non sono tenute a sottomettersi alle norme in esse contenute, dal momento che il decreto legislativo non si applica alle società aventi ad oggetto la produzione di beni e servizi destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza (art. 32, comma 1 lett. c);
- quanto al reclutamento del personale, è consigliabile che le società di gestione delle farmacie comunali (diversamente da quelle quotate in borsa) assumano atti interni di regolamentazione ai sensi dell'art. 18 comma 2 del D.L. n. 122/2008, nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità, considerato che il rispetto di tali principi non determina peraltro particolari appesantimenti procedurali, essendo sufficiente in merito un avviso pubblico della selezione e dell'esito della stessa, nonché uno svolgimento imparziale e trasparente delle operazioni, con conseguente predeterminazione dei criteri di valutazione;

Ciò premesso si chiede:

1. se le farmacie comunali operanti in regime di concorrenza con quelle private siano tenute o meno a sottomettersi alle norme del D. Lgs. n. 163/2006 in riferimento all'acquisizione di beni e servizi;
2. quale sia la procedura corretta da tenersi per il reclutamento del personale impiegato nelle suddette farmacie.

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 di ammissibilità del quesito, occorre rilevare che la disposizione contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 131/2003 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 ulteriori 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, comma 31 del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, hanno delineato una nozione unitaria 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 fa escludere qualsiasi possibilità di intervento della Corte dei conti nella concreta attività gestionale ed amministrativa che ricade nella esclusiva competenza dell'autorità che la svolge o 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 la stessa risulta oggettivamente ammissibile per entrambe le questioni proposte.

La verifica sul regime da seguire per porre in essere l'attività contrattuale della Farmacia comunale, gestita sotto forma societaria dall'amministrazione di Casalmaggiore (CR), rientra pienamente nelle norme di contabilità pubblica regolatrici delle modalità di effettuazione di spese per contratti di pubblica fornitura o di appalti di servizi; del pari, il quesito circa l'applicabilità dell'art. 18 del D.L. 25 giugno 2008, n.112 convertito nella legge 6 agosto 2008, n.133 (e sue successive integrazioni e modificazioni) alle procedure di reclutamento del personale alle dipendenze delle società pubbliche, coinvolge la latitudine applicativa di norme finanziarie, con conseguente diretta incidenza sugli equilibri di bilancio dell'amministrazione di riferimento nei suoi rapporti con i propri organismi partecipati.

MERITO

In via preliminare, la Sezione osserva che la decisione in ordine alla concreta applicazione delle disposizioni di legge nelle materie oggetto di interpello, rientra nella esclusiva competenza e responsabilità dell'Ente locale, mediante atti di esercizio della potestà amministrativa.

L'amministrazione comunale potrà orientare la propria decisione alla luce delle conclusioni contenute nel parere della Sezione, sviluppate in termini d'interpretazione dei principi che regolano la materia.

Il comune di Casalmaggiore formula due distinti quesiti nell'ambito del medesimo parere. Il substrato fattuale da cui origina la richiesta evidenzia che l'ente locale, inferiore ai 30.000 abitanti, detiene una partecipazione totalitaria nella società Azienda Farmaceutica Municipale s.r.l., esercitante l'attività di gestione della farmacia comunale.

Tuttavia, le circostanze di fatto espresse nella richiesta di parere, afferenti l'oggetto sociale della predetta società, devono essere completate a seguito della verifica dell'atto costitutivo, dello statuto e dei bilanci societari da cui emerge che l'Azienda Farmaceutica Municipale s.r.l. è in realtà una società "multiservizi", a

vocazione prevalentemente socio-assistenziale (circostanza peraltro omessa dall'amministrazione interpellante).

La società ha in concreto avviato la conduzione di due sole attività previste nell'oggetto sociale. Oltre la gestione della farmacia comunale, l'organismo partecipato gestisce il servizio di asilo nido con modalità che ne qualificano l'attività alla stregua di servizio privo di rilevanza economica: rette scolastiche definite per fasce sociali di reddito secondo i modelli ISEE delle famiglie; gestione dell'attività in perdita compensata dai proventi della gestione farmaceutica.

La complessa veste giuridica con cui opera l'Azienda Farmaceutica Municipale s.r.l. riverbera i suoi effetti sulle risposte alle questioni sollevate, in particolare sulla diretta applicazione dell'art. 18 comma 1 del D.L. 25 giugno 2008, n.112, anziché del comma successivo del predetto articolo, contrariamente a quanto proposto dall'amministrazione interpellante.

I quesiti prospettati afferiscono alla complessa materia dei servizi pubblici locali, alla modalità di gestione e di resa del servizio, alla possibilità per i comuni inferiori a 30.000 abitanti di mantenere partecipazioni pubbliche (art. 14 comma 32 del D.L. 31 maggio 2010, n.78, convertito con legge 30 luglio 2010, n.122, come modificato dall'art.1, comma 117 della legge 13 dicembre 2010, n.220, all'abrogazione dell'art. 23 *bis* del D.L. 25 giugno 2008, n.112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n.133, a seguito dell'esito della recente consultazione referendaria (D.P.R. 18 luglio 2011, n.113), alla specialità del settore di gestione del servizio farmaceutico (art. 9 della legge 2 aprile 1968, n. 475 e sue successive modificazioni e integrazioni), alla latitudine operativa dell'art. 4, comma 34, del D.L. 13 agosto 2011, n.138 ed, infine, alla disciplina applicabile alle procedure di reclutamento di personale per le società pubbliche ai sensi delle disposizioni specificate nei commi 1 e 2 dell'art. 18 del D.L. 25 giugno 2008, n.112.

La Sezione osserva che il quadro di riferimento normativo citato dall'amministrazione richiedente è, *medio tempore*, parzialmente mutato. Gli emendamenti apportati con la legge di conversione dell'ultima manovra correttiva dei conti pubblici non hanno riguardato il citato art. 4 del D.L. 13 agosto 2011, n.138.

1. Il servizio pubblico di gestione della farmacia comunale.

Pregiudiziale rispetto ad ogni altra, si pone la questione circa la qualificazione giuridica del servizio di gestione della farmacia comunale, da sempre caratterizzato da elementi di specialità normativa, attesa l'inerenza con il diritto alla salute dei cittadini derivante dalla distribuzione territoriale di farmaci all'utenza.

Al riguardo, la Sezione è orientata in linea generale verso la natura di servizio pubblico essenziale, a carattere locale, e a tendenziale rilevanza economica (Sezione contr. Lombardia, deliberazioni n.195/2009/PAR e n. 196/2009/PAR).

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 pubblicistica 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 pubblicistica 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.

Sempre alla stregua del citato orientamento della Sezione, deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che s’innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme d’intervento finanziario pubblico dell’attività in questione.

Deve invece considerarsi privo di rilevanza quello che, per sua natura o per le modalità con cui viene svolta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza (cfr., in tal senso, T.A.R. Sardegna 2 agosto 2005, n. 1729; T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 aprile 2005, n. 527; T.A.R. Campania 7 novembre 2003, n. 13382; T.A.R. Umbria 24 ottobre 2003, n. 821).

Il discrimine risulta confermato dalla disciplina contenuta nell'abrogato art. 23 *bis* del D.L. 25 giugno 2008, n.112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n.133, il quale prevedeva che si potesse derogare alla regola generale della procedura competitiva ad evidenza pubblica in costanza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali, e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, tali da non permettere un efficace ed utile ricorso al mercato; caratteristiche che dovevano essere valutate tutte dall'ente stesso a seguito dell'effettuazione di un'analisi del mercato, anche con riferimento alle offerte economiche e ai possibili soggetti affidatari e, successivamente, sottoposte al parere dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

La conclusione cui è giunta la Sezione circa la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica o meno, indica che non sia possibile individuare *a priori*, in maniera definita e statica, una categoria di servizi pubblici a rilevanza economica, che va, invece, valutata di volta in volta con riferimento al singolo servizio da espletare a cura dell'ente stesso, avendo riguardo all'impatto che il servizio stesso può cagionare sul contesto dello specifico mercato concorrenziale di riferimento, nonché ai suoi caratteri di redditività ed autosufficienza economica (ossia di capacità di produrre profitti o per lo meno di coprire i costi con i ricavi).

La resa concreta del servizio è di spettanza dell'ente locale, cui compete la valutazione circa le modalità ottimali di espletamento del servizio farmaceutico, con riguardo ai costi, ai margini di copertura degli stessi, all'organizzazione del servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza, dal un lato, e dell'universalità e dell'erogazione dei livelli essenziali delle prestazioni, dall'altro.

In conclusione sul punto, dal tenore testuale del quesito emerge chiaramente che l'amministrazione comunale di Casalmaggiore intende operare in competizione concorrenziale con le farmacie private. Lo schema societario a responsabilità limitata dell'Azienda Farmaceutica Municipale evidenzia la propensione per la gestione del servizio a rilevanza economica, secondo criteri di autosufficienza finanziaria, mediante la quale i ricavi generati dall'attività di distribuzione dei farmaci coprono integralmente i costi complessivi della resa del servizio.

Il medesimo schema societario è utilizzato per rendere contemporaneamente il servizio pubblico di asilo nido, con rette calmierate e riferite al reddito ISEE delle famiglie.

Appare pertanto chiaro che in un medesimo contesto societario conviva l'erogazione di diversi servizi pubblici locali, secondo modalità peculiari e scelte amministrative che si rapportano alla peculiarità del singolo servizio pubblico reso alla cittadinanza.

2. Limiti al mantenimento delle società partecipate dai comuni demograficamente minori.

L'utilizzo e il mantenimento dello schema societario per la gestione del servizio di farmacia comunale, adottato dall'amministrazione di Casalmaggiore incontra le limitazioni 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 detenzione delle partecipazioni societarie per i comuni sotto la soglia demografica di 30.000 abitanti, si applica direttamente all'amministrazione locale interpellante. Trattandosi di società già costituita alla data di entrata in vigore del predetto art. 14 comma 32, il mantenimento dell'attuale compagine totalitaria può essere consentito all'amministrazione comunale al contemporaneo verificarsi delle seguenti condizioni:

a) con riferimento al termine del 31 dicembre 2012, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi (termine diminuito dall'art. 16 comma 13 del D.L. 13 agosto 2011, n.138, con legge di conversione in corso di pubblicazione);

b) la società non abbia subito nei precedenti esercizi (quelli precedenti all'entrata in vigore della norma), riduzione di capitale conseguenti a perdite di bilancio;

c) la società non abbia subito nei precedenti esercizi, perdite di bilancio, in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dall'obbligo di procedere al ripianamento delle citate perdite.

Qualora la società in questione non soddisfi le condizioni di legge (società a partecipazione totalitaria con i bilanci in equilibrio e senza perdite o interventi straordinari sul capitale sociale), il comune deve porre in liquidazione la società, ovvero modificarne l'assetto proprietario, in modo tale da renderne paritaria la partecipazione, ovvero proporzionale al numero degli abitanti dei comuni che subentrano nel capitale sociale, sino a raggiungere la popolazione complessiva superiore alla soglia dei 30.000 abitanti.

Ne consegue che, a prescindere dall'esame degli ulteriori quesiti circa la modalità di gestione della farmacia comunale, lo *status quo* concernente la resa del servizio farmaceutico sotto forma di società a responsabilità limitata a partecipazione totalitaria deve essere valutato in concreto alla stregua dei parametri e delle condizioni normative imposte dalla suesposta disposizione (art. 14 comma 32 D.L. 31 maggio 2010, n.78). Il mantenimento dell'attuale assetto proprietario in capo al comune di Casalmaggiore sarà subordinato all'osservanza di tali condizioni limitative, che si aggiungono e non si sostituiscono alla verifica delle condizioni di mantenimento delle

partecipazioni aventi stretta inerenza con i fini istituzionali dell'ente locale ai sensi dell'art. 3 commi 27 e seguenti della legge 27 dicembre 2007, n.244.

3. Farmacie comunali, principi comunitari e legislazione applicabile.

Venendo alla questione afferente le modalità di resa del servizio farmaceutico in ambito comunale, preme sottolineare che il settore è stato da sempre oggetto di disciplina specifica, attesa il carattere essenziale del servizio pubblico locale, indispensabile per garantire alla cittadinanza un equilibrato accesso ai farmaci e alle cure farmacologiche.

Occorre precisare che il decreto legge n. 135/2009, nel testo emerso dalla conversione operata dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, ha escluso le farmacie comunali dalla latitudine applicativa della disciplina in materia di servizi a rilevanza economica a tenore dell'art. 23 *bis* del D.L. 25 giugno 2008, n.112 (convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n.133), prevedendo la riconduzione della gestione delle farmacie municipalizzate alle forme previste dall'art. 9 della legge 2 aprile 1968 n.475 (c.d. legge "Mariotti"), come sostituito dall'art. 10 della legge di riordino del servizio farmaceutico (n. 362 dell'8 novembre 1991).

Il referendum abrogativo del citato art. 23 *bis* (consacrato nel D.P.R. 19 luglio 2011, n.133) ha solo marginalmente inciso sulla questione della disciplina applicabile ai singoli settori "esclusi".

Anche la formulazione delle nuove norme ha mutuato la tecnica legislativa già adottata dall'art. 23 *bis* e, con essa, il regime delle esclusioni.

L'art. 4, comma 34, del D.L. 13 agosto 2011, n.138, recante la rubrica di "*adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione Europea*", espressamente esclude dal campo operativo della nuova disciplina, ad eccezione dei commi da 19 a 27, il servizio di distribuzione del gas naturale (di cui al decreto c.d. Letta D. Lgs. 23 maggio 2000, n.164), il servizio di distribuzione di energia elettrica (di cui al D. Lgs. 16 marzo 1999, n.79 e alla legge 23 agosto 2004, n.239), il servizio di trasporto ferroviario regionale (di cui al D. lgs. 19 novembre 1997, n.422), nonché, per ciò che in questa sede rileva, la gestione delle farmacie comunali, regolate dalla legge 2 aprile 1968, n.475.

Sotto il profilo ermeneutico, ne consegue che la segregazione normativa ribadita dal legislatore per il servizio di gestione delle farmacie comunali, rende la legge "Mariotti" e le sue successive modifiche, la fonte normativa attuale da cui trarre spunto per definirne le modalità di gestione.

La clausola di segregazione impedisce, altresì, l'applicazione ai settori esclusi di ogni norma sostanziale contenuta nei commi dell'art. 4 del citato decreto legge, fatta eccezione per i commi da 19 a 27. Neppure i principi ispiratori della disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica possono essere utilizzati quale canone interpretativo per colmare le lacune di una legge ormai datata al 1968.

Non potranno pertanto applicarsi in via diretta al settore delle farmacie comunali le norme che impongono la soggezione delle società *in house* affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali al Patto di stabilità interno secondo le modalità di attuazione previste dall'art. 18, comma 2 *bis*, del D.L. 25 giugno 2008, n.112, convertito con legge 6 agosto 2008, n.133 (art. 3 comma 14 del D.L. 13 agosto 2011, n.138); né il successivo comma 15 che prescrive per le società *in house* e per le società miste affidatarie di servizi pubblici locali, l'applicazione del Codice degli Appalti per l'acquisto di beni e servizi (D. Lgs. 12 aprile 2006, n.163 e successive modificazioni); né, infine, potrà applicarsi, attraverso il meccanismo di rinvio operato dal citato art.4, il comma 17 che impone alle società a partecipazione pubblica gerenti servizi pubblici locali i criteri e le modalità di reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica.

Tuttavia, l'esclusione legislativa e il recupero dei valori normativi inseriti nel tessuto normativo della legge 2 aprile 1968, n. 475, non può condurre l'interprete ad obliterare i canoni giuridici oramai uniformemente operanti nella materia dei servizi pubblici locali.

Si dovrà, semmai, adeguare la disciplina e l'esegesi delle norme settoriali ricorrendo ai principi generali di sistema e alle norme contenute nella legislazione finanziaria in tema di servizi pubblici locali.

Inoltre, non può tacersi che numerose norme di richiamo indicate nell'art.4, sono esse stesse disposizioni inderogabili di ordine pubblico economico, da intendersi principi di coordinamento della finanza pubblica locale.

Se è vero che l'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011, n.138 mantiene inalterato il regime dei settori esclusi nella stessa misura in cui lo disciplinava l'abrogato art. 23 *bis* del D.L. 25 giugno 2008, n.112, è parimenti sostenibile che nella complessa materia dei servizi pubblici locali, sono operanti numerosi principi cardine derivanti dal processo di penetrazione delle regole comunitarie nell'ordinamento statale.

Il precetto normativo di tali disposizioni, riprodotto ad esempio nell'art. 4 comma 17, pur al cospetto di un regime settoriale, mantiene intatta la forza di legge regolatrice del sistema ben oltre il richiamo previsto dall'art.4, il cui quadro normativo di riferimento è sopravvissuto sostanzialmente invariato agli emendamenti apportati in sede di conversione del decreto legge 13 agosto 2011, n.138 (in corso di pubblicazione).

La disciplina compiuta del servizio di farmacia comunale deve essere ricostruita a cura dell'interprete, secondo un approdo ermeneutico comunitariamente orientato, che colmi il vuoto normativo derivante dalla diretta applicazione al settore di una legislazione entrata in vigore ben prima della stabilizzazione del processo comunitario di formazione del diritto dei servizi pubblici.

In atto, quindi, 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.

Come si può notare, la legge settoriale non contempla la gestione della farmacia comunale mediante società di capitali a partecipazione totalitaria pubblica e unipersonale.

La mancata previsione della forma societaria a responsabilità limitata unipersonale, del resto deve essere conformata all'evoluzione degli strumenti giuridici che sono oramai entrati a pieno titolo nel patrimonio comune dell'ordinamento interno, mediante il trasformatore permanente d'istituti giuridici e di interessi individuali e collettivi rappresentato dal diritto dell'Unione Europea.

La società di capitali unipersonale è stata introdotta nell'ordinamento giuridico statale, in conseguenza della cosiddetta "Dodicesima Direttiva" del Consiglio Europeo (Dir. 89/667/CEE del 21 dicembre 1989), recepita con il D. Lgs. 3 marzo 1993, n.88. La riforma del diritto delle società ha poi esteso il modello di società unipersonale, costituita per atto unilaterale, alle società per azioni (D. Lgs. 17 gennaio 2003, n.6).

Ne consegue che la previsione di uno schema societario non rientrante nel novero delle modalità di resa del servizio elencate nella legge "Mariotti" non può che essere irrilevante ai fini della validità dello strumento giuridico prescelto dalla pubblica amministrazione per perseguire i propri fini.

I modelli di gestione del servizio di farmacia comunale previsti dall'art. 9 della legge 2 aprile 1968, n.475, non hanno, dunque, carattere tassativo.

Come prima ampiamente sottolineato, stante il fenomeno della penetrazione del diritto comunitario nel diritto nazionale dei vari Stati membri dell'Unione Europea, la citata legge non può che essere interpretata secondo i principi generali vigenti in ambito comunitario nella materia dei servizi pubblici, custoditi ed ampliati dall'incessante opera della Corte di Giustizia europea (tutela della concorrenza, libertà di circolazione dei fattori produttivi, divieto di barriere di entrata nel mercato, trasparenza e non discriminazione). Principi comunitari che appartengono a pieno

titolo al diritto positivo interno, in ragione della natura di norme inderogabili di ordine pubblico economico.

Peraltro, una lettura comunitariamente orientata del citato articolo 9, pone seri dubbi di compatibilità con l'ordinamento europeo del generalizzato diritto di prelazione per l'istituzione di nuove farmacie in favore dell'Autorità Sanitaria o del comune (per quest'ultimo vi è anche la riserva della metà delle sedi farmaceutiche resesi vacanti o di nuova istituzione).

Sotto il profilo fattuale, inoltre, si osserva che la gestione della farmacia comunale mediante una società a totale partecipazione comunale rappresenta la forma tipica di resa del servizio in ambito locale.

La conduzione della farmacia è di norma inserita quale servizio pubblico a rilevanza economica in grado di compensare le perdite di altri servizi pubblici a carattere socio-assistenziale co-gestiti dalla medesima società pubblica.

La prassi negoziale della pubblica amministrazione ha quindi seguito l'evolversi dell'ordinamento giuridico secondo modelli organizzativi più raffinati e complessi rispetto a quelli individuati dalla legislazione "Mariotti".

Non è un caso che già sono venute all'attenzione del Giudice Amministrativo alcune questioni concernenti la compatibilità della disciplina sulle distanze minime fra le sedi farmaceutiche con il diritto comunitario e la libertà d'iniziativa economica dell'imprenditore farmacista (TAR Piemonte, sez. I[^], ordinanza n. 54 del 5 giugno 2009), a riprova della complessità degli interessi coinvolti nell'esercizio dell'attività di distribuzione dei farmaci, settore nel quale la tutela della salute umana e degli interessi dei consumatori, si compenetra con i principi di libertà d'iniziativa economica privata.

Recentemente la Sezione aveva già privilegiato un percorso esegetico teso a valorizzare la finalità sociale dell'attività (Sezione contr. Lombardia, deliberazione 70/2011/PAR del 3 febbraio 2011), rilevando a proposito delle modalità di gestione delle farmacie municipalizzate, come *"in base alla disciplina di settore 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 sulla scorta della deliberazione n.3/PAR/2008"*.

"L'opzione fra le varie forme di gestione previste dall'ordinamento italiano è deferita a determinazioni discrezionali dell'ente, peraltro da motivare adeguatamente" (parere n. 196/2009, richiamato nella delibera Lombardia 426/2010/PAR del 15 aprile 2010).

È interessante al riguardo ricordare che la "riforma Mariotti" introdotta con la citata legge n. 475/1968, garantiva ai comuni il 50% delle farmacie di nuova istituzione, in coerenza con la finalità che aveva, nel tempo, favorito l'apertura delle

prime farmacie comunali e cioè con la chiara intenzione di assicurare al cittadino il servizio essenziale della dispensazione dei farmaci, attraverso formule gestorie dirette da parte dell'ente comune (in economia o tramite azienda speciale totalmente controllata).

Successivamente, la legge n. 142/1990 sull'ordinamento delle autonomie locali stabilì in quali forme potesse esplicarsi la gestione dei vari servizi pubblici tra cui le farmacie.

Sulla spinta della legislazione comunitaria e del processo di privatizzazione delle aziende pubbliche, si affermarono, poi, ulteriori modalità gestorie che privilegiavano lo strumento della società mista partecipata, appositamente costituita o multi servizi, legata con contratto di servizio all'ente titolare delle farmacie.

In alcuni casi, inoltre, si è ritenuto conveniente, in assenza di preclusioni normative, conferire l'intera gestione della farmacia municipale a privati, individuati mediante forme di evidenza pubblica, attraverso lo strumento della concessione assimilabile di fatto alla locazione d'azienda, dietro corresponsione di un corrispettivo calcolato in base alla durata della concessione in quota fissa annuale più una percentuale determinata in modo variabile".

Negli ultimi anni si è assistito alla progressiva costituzione di società a partecipazione totalitaria, maggioritaria od anche solo minoritaria di enti pubblici, per lo svolgimento di alcune funzioni di loro pertinenza ovvero la gestione di servizi pubblici, l'effettuazione di lavori pubblici, lo svolgimento di attività sia di interesse delle comunità locali che strumentali e funzionali allo svolgimento dei compiti istituzionali degli enti territoriali.

Il fenomeno è andato inizialmente sviluppandosi in assenza di specifiche regole legislative, introdotte solo in un secondo tempo a partire dalle norme contenute nella legge n. 296/2006 (relative ai compensi ed al numero massimo degli amministratori che possono essere designati dagli enti pubblici) per proseguire con la legge finanziaria per il 2008 con la quale sono state introdotte severe limitazioni alla possibilità per gli enti pubblici di ricorrere allo strumento societario, evitando l'abuso di forme privatistiche ovvero l'utilizzo di moduli societari finalizzati unicamente all'elusione del rischio d'impresa o dei vincoli di finanza pubblica (cfr. delibera Lombardia 959/2010/PAR in data 13 ottobre 2010).

4. L'Azienda Farmaceutica Municipale srl quale organismo di diritto pubblico

Posto l'inquadramento di ordine generale sui rapporti fra la legge 2 aprile 1968, n.475 ed i principi comunitari in materia di servizi pubblici, la Sezione ritiene che ad onta della natura privatistica della società a responsabilità limitata in cui è stata trasfusa l'Azienda Farmaceutica Municipalizzata di Casalmaggiore, la stessa possa qualificarsi quale organismo di diritto pubblico, stante l'analisi in concreto condotta

sulla natura dell'attività di distribuzione e vendita su base territoriale di farmaci, da intendersi quale attività idonea a soddisfare bisogni ed interessi pubblici generali anche se dimensionati territorialmente. Tesi corroborata dal rilievo oggettivo di un'ulteriore attività priva di rilevanza economica, il servizio di asilo nido, contemporaneamente gestita dalla medesima società, il cui statuto si profila palesemente idoneo al mantenimento, quanto meno in forma potenziale, di una società pubblica "multiservizi" a vocazione sociale ed assistenziale.

E' stato messo in luce, proprio con riguardo alla nozione di organismo di diritto pubblico, che un'attività industriale o commerciale svolta in stretta correlazione con un interesse pubblico perde la sua tradizionale connotazione giuridica ed economica per acquistare quella specifica dell'ordinamento comunitario, così che il carattere non industriale va individuato quando sussiste un collegamento ad un interesse che il legislatore ha inteso sottrarre dai mercati improntati esclusivamente da un'ordinaria attività imprenditoriale, industriale o commerciale (C.d.S., sez. V, 22 aprile 2004, n. 2292).

Non da ultimo, occorre sottolineare la derivazione pubblica del capitale di rischio investito per la conduzione dell'attività farmaceutica. Al cospetto del diuturno utilizzo di risorse appartenenti alla collettività degli amministrati, il controllo pubblico sulle modalità di gestione del servizio non può che essere una caratteristica imprescindibile dell'azione dell'organo amministrativo preposto alla vigilanza e alla verifica della gestione e sulla gestione della farmacia comunale.

La natura di organismo di diritto pubblico di siffatta società a responsabilità limitata uni personale nondimeno implica la soggezione alla disciplina del Codice degli appalti per l'acquisizione di beni e servizi funzionali alla conduzione della farmacia comunale.

5. Procedure ad evidenza pubblica per l'assunzione del personale alle dipendenze della società a partecipazione pubblica locale.

Per quel che concerne il secondo quesito insito nella richiesta di parere, ovvero quale sia la procedura corretta da applicare per il reclutamento del personale destinato al lavoro alle dipendenze della farmacia comunale, soccorrono le nozioni di amministrazione pubblica in senso oggettivo e soggettivo, nonché le disposizioni previste dall'art. 18, commi 1 e 2 *bis*, e 76, comma 7, del D.L. 25 giugno 2008, n.112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n.133 e successive modifiche, quali espressioni di principi generali oramai consolidati (per un'ampia disamina della latitudine operativa di tali norme finanziarie, si veda delibera Sezione Controllo Lombardia 479/2011/PAR in data 14 settembre 2011).

Le società a totale partecipazione pubblica locale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali rientrano nell'area di consolidamento dei conti dell'ente locale, in primo luogo per le spese di personale.

I dipendenti della società che gestisce la farmacia comunale sono a tutti gli effetti finanziari dipendenti del comune. La spesa per gli emolumenti ai medesimi erogati rientra nel calcolo della spesa di personale del comune, alla luce del principio di tendenziale onnicomprensività sancito dagli artt. 76 del D.L. 112/2008 e dell'art. 1 comma 557 della legge 296/2006).

Il comune, quale unico socio di riferimento dell'Azienda Farmaceutica Municipale s.r.l., potrà compiere nuove assunzioni di personale, solo se rispetta i limiti previsti dalla legislazione finanziaria per l'ente locale medesimo.

Il principio del consolidamento è ribadito espressamente dalle Sezioni riunite in sede di nomofilachia (Corte conti, SSRR in sede di controllo, deliberazioni n.3 del 25 gennaio 2011 e n.27 del 12 maggio 2011), che sottolineano la vigenza di un criterio ordinamentale teso a rilevare unitariamente le voci contabili di spesa riferite al personale alle dipendenze di soggetto partecipato dall'ente locale di riferimento.

L'art. 19, comma 1, del D.L. n.78/2009 come modificato in sede di conversione dalla legge 102/2009, introducendo l'art. 18 comma 2 bis del d.l. 25 giugno 2008, n.112, ha prescritto che le società a partecipazione pubblica totale o di controllo, affidatarie dirette di servizi pubblici locali, sono vincolate al rispetto dei divieti e delle limitazioni alle assunzioni di personale, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante.

Le medesime devono adeguare le proprie politiche di gestione del personale alle vigenti disposizioni applicate alle amministrazioni controllanti, in tema di contenimento degli oneri contrattuali e di ogni altra voce di natura retributiva o indennitaria, nonché per l'affidamento degli incarichi di consulenza.

La disciplina è stata espressamente citata con la clausola di riserva dal menzionato art. 4, comma 17, del D.L. 13 agosto 2011, n.138, nella parte in cui testualmente fa salva comunque l'applicazione di quanto previsto dall'art. 18 comma 2 *bis*, primo e secondo periodo del D.L. n.112/2008, circa le modalità di reclutamento pubblicitario sia del personale sia per il conferimento degli incarichi ad esperti di comprovata specializzazione anche universitaria, nel rispetto dei principi di cui all'art. 35 comma 3 del D. Lgs. 30 marzo 2001, n.165.

Proprio in virtù di tale clausola di riserva contenuta in una norma di legge la cui applicazione viene sottratta ai settori c.d. "esclusi", (art. 4 comma 34 decreto Legge cit.), l'adozione di procedure ad evidenza pubblica nel reclutare il personale e nell'affidare gli incarichi di consulenza assurge a principio cardine dell'ordinamento, applicabile anche al settore delle farmacie comunali.

Ne consegue che alle procedure di reclutamento del personale, eventualmente da assumere alle dipendenze dell'Azienda Farmaceutica Municipale s.r.l., attesa la natura di società a totale partecipazione pubblica gerente servizi pubblici locali, si applica in via diretta la disposizione descritta nell'art. 18 comma 1 del D.L. 25 giugno

2008, n.112, a tenore della quale: *"A decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165"*.

Contrariamente a quanto prospettato dall'amministrazione interpellante, l'applicazione al caso di specie dell'art. 18, primo comma, ne preclude l'applicazione del secondo comma, testualmente riferita alle *"altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo"*.

6. Sintetizzando le argomentazioni sin qui svolte, conclusivamente si può affermare che:

- a. la gestione della farmacia comunale rientra nell'alveo dei servizi pubblici essenziali;
- b. la conduzione della distribuzione di farmaci sul territorio può in concreto configurarsi quale servizio pubblico locale a rilevanza economica;
- c. l'attuale legislazione di settore applicabile alle farmacie comunali (legge 2 aprile 1968, n.475, art.9 e sue successive modificazioni), integrata con i principi comunitari, con i criteri posti a base della riforma del diritto societario interno e con la disciplina conseguente all'introduzione della società costituita con atto unilaterale, consente la gestione comunale mediante la forma della società a responsabilità limitata, a partecipazione unipersonale e totalitaria;
- d. per i comuni demograficamente inferiori ai 30.000 abitanti il mantenimento di una società partecipata è subordinata al contestuale verificarsi delle condizioni prescritte dall'art. 14, comma 32, del D.L. 25 giugno 2008, n.112 convertito nella legge 6 agosto 2008, n.133 e sue modificazioni e integrazioni;
- e. al settore delle farmacie comunali non sono applicabili in via diretta le norme in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica, ribadite dall'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011, n.138 in corso di conversione, emanato a seguito dell'abrogazione referendaria dell'art. 23 *bis* del D.L. 25 giugno 2008, n.112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n.133, stante l'espressa clausola di esclusione prevista dal comma 34 del citato art. 4;
- f. la società partecipata comunale gerente l'attività di distribuzione dei farmaci (e il servizio di asilo nido comunale) è configurabile quale organismo di diritto pubblico, alla stregua dei principi normativi di matrice comunitaria e nazionale;

- g. le norme pubblicistiche in materia di codice degli appalti per l'acquisizione di beni e servizi ai sensi del D. Lgs. 12 aprile 2006, n.163 e sue modifiche ed integrazioni si applicano agli organismi di diritto pubblico;
- h. le procedure di reclutamento del personale e le norme limitative per il conferimento degli incarichi, nonché le norme finanziarie in tema di spesa di personale, che attraggono nell'area di consolidamento dei conti pubblici locali le società a partecipazione pubblica locale che gestiscono servizi pubblici locali (artt. 18 comma 1 e 2 *bis*, 76, commi da 1 a 7, del D.L. 25 giugno 2008, n.112), trovano applicazione anche nel settore "escluso" delle farmacie comunali, in virtù della loro natura di principi di coordinamento della finanza pubblica locale.

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 26/09/2011
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)