



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

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giancarlo Astegiano	Consigliere
dott. Giuseppe Zola	Consigliere
dott. Gianluca Braghò	Primo Referendario (relatore)
dott. Massimo Valero	Primo 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

nell'adunanza in camera di consiglio del 23 febbraio 2012

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. 1702 di protocollo in data 6 febbraio 2012, con la quale il sindaco del comune di Settala (MI) 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 Settala (MI);

Udito il relatore dott. Gianluca Braghò;

PREMESSO CHE

Il sindaco del comune di Settala (MI) con nota n. 1702 del 6 febbraio 2012, ha posto un duplice quesito in merito alla possibilità di gestione di una farmacia comunale attraverso una società partecipata, esponendo quanto segue.

Il comune di Settala, per fornire un servizio farmaceutico a favore dei cittadini residenti che ne sono privi, ha intenzione di gestire una farmacia comunale attraverso la partecipazione ad una società a responsabilità limitata, non quotata su mercati regolamentati, già da anni costituita e partecipata da soli comuni, la cui popolazione, nell'insieme, supera i 30.000 abitanti. Per la partecipazione alla società l'ente eserciterebbe il diritto di prelazione previsto dalla normativa in ambito di servizio farmaceutico comunale.

Il sindaco chiede se, oltre al rispetto di quanto stabilito dall'art. 76 comma 7 del D.L. 25 giugno 2008 n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n.133, l'ente, una volta entrato a far parte della società, debba considerare ai fini del limite di spesa previsto dall'art. 1 commi 557 e 557 *bis* della legge finanziaria 27 dicembre 2006, 296, anche la quota parte delle spese di personale sostenute dalla società partecipata.

Il quesito è posto alla luce di quanto stabilito dall'art. 25 comma 1 del D.L. 24 gennaio 2012 n. 1, il quale, tra l'altro (modificando il D.L. 138/11), prevede che: "*le società affidatarie in house [...] 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, nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori*".

Nel caso che il comune debba consolidare le proprie spese di personale con quelle per quota parte della società, l'ente non sarebbe in grado di rispettare il limite imposto dalla citata legge 27 dicembre 2006, n.296, pur mantenendosi ampiamente sotto l'incidenza percentuale del 50% delle spese correnti.

Si richiede inoltre, alla luce del precedente parere n. 489/2011 di questa Sezione, se sia da ritenersi legittima l'eventuale scelta di conferire l'intera gestione a privati, individuati attraverso forme di evidenza pubblica, mediante lo strumento della concessione e se tale opzione possa riverberare i suoi effetti sulla determinazione della spesa di personale, sempre ai sensi della legge 27 dicembre 2006, n.296.

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

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.

Il primo quesito attiene alla questione del consolidamento a carico dell'ente locale partecipe alla compagine societaria circa le spese di personale utilizzato nella società *in house*.

Trattasi di fenomeno finanziario ampiamente osservato da questa Sezione, al quale può risponderci in senso positivo (Cfr. su tutte deliberazione n.479/2011/PAR; deliberazione n.7/2012/PAR).

In sintesi, rientrano nel perimetro del consolidamento del D.L. n. 98/2011 convertito nella legge n. 111/2011 e del contenimento della spesa di personale *ex art.* 19 comma 1 del D.L. n. 78/2009 tutte le società - quantomeno controllate da enti locali - che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali, ovvero che svolgano servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (a prescindere dall'affidamento diretto), oppure che svolgano attività strumentali (anch'esse a prescindere dall'affidamento diretto).

Sono, al contrario, escluse le società quotate nei mercati regolamentati – seppur controllate da enti locali –nonché quelle titolari di affidamenti di servizi pubblici locali a rilevanza economica mediante procedura ad evidenza pubblica.

La minor latitudine delle due disposizioni in oggetto nel caso di società che svolgono servizi pubblici locali a rilevanza economica, legata all'illustrata necessità del

requisito ulteriore dell'affidamento diretto, è coerente con la natura di "attività di impresa di enti pubblici" (Corte Cost. n. 326/2008), fisiologicamente protesa al mercato e rivolta al pubblico (consumatori o utenti), a differenza sia della c.d. "attività amministrativa di diritto privato" propria delle società strumentali sia, ovviamente, delle società che svolgono servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

Analoga affermazione può essere compiuta in ordine all'applicabilità dei vincoli derivanti dal Patto di stabilità alle società *in house* affidatarie di servizi pubblici locali o di servizi strumentali ai sensi dell'art. 18 comma 2 *bis* del D.L. 25 giugno 2008, n.112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n.133.

La citata disposizione prevede l'assoggettamento al Patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale, totale o di controllo, che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara; che svolgano funzioni tese a soddisfare esigenze di carattere generale, aventi carattere non industriale né commerciale; che svolgano servizi strumentali di supporto alle funzioni amministrative di natura pubblicistica imputabili all'ente locale di riferimento (Sul punto v. *amplius* Sezione contr. Lombardia, deliberazione n.7/2012/PAR del 19 gennaio 2012).

Sotto il profilo operativo, il consolidamento delle spese di personale è un evidente incentivo ad una più stringente *governance* delle società controllate da parte degli enti locali soci, atteso che gli incrementi delle spese di personale da parte di tali organismi possono riflettersi – in presenza delle condizioni di legge - sull'ente locale in termini di divieto di assunzioni da parte dell'Amministrazione.

Anche la novella legislativa, da ultimo richiamata (art. 25 comma 1 del D.L. 24 gennaio 2012, n.1), dirige l'intenzione del legislatore verso una più strutturata delimitazione dell'area di consolidamento, in particolar modo per le spese di personale.

Le disposizioni del decreto riprendono la vocazione normativa delineata con l'art. 18, commi 1 e 2 *bis*, del D.L. 25 giugno 2008, n.112, rimarcando l'assoggettamento delle società *in house*, affidatarie di servizi e funzioni, al Patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dal citato art. 18 comma 2 *bis*.

Il legislatore ha previsto che l'ente locale vigili sull'osservanza, da parte delle società di cui trattasi, dei vincoli derivanti dal Patto di stabilità interno.

Le predette società sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni del codice degli appalti (D. Lgs. 12 aprile 2006, n.163).

Le medesime società debbono adottare, 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, nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle

altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori.

Posto il quadro normativo di riferimento, ne consegue che il comune deve imputare come propria, la quota parte della spesa di personale che la società *in house* sostiene per il servizio farmaceutico comunale, sia ai sensi del rapporto fra spesa corrente e spese di personale (art. 76 comma 7 D.L. 25 giugno 2008, n.112 e successive modificazioni e integrazioni), sia con riferimento alle limitazioni previste in materia dagli artt. 1 commi 557 e 557 *bis* della legge finanziaria 27 dicembre 2006, n.296, nel testo di attuale vigenza.

Non può infine, correttamente sostenersi l'impostazione secondo la quale, l'assunzione di un nuovo servizio pubblico (quale l'istituzione di un'ulteriore sede farmaceutica) possa condurre al superamento dei vincoli percentuali e dei tetti di spesa imposti dalla legislazione finanziaria alle spese di personale sostenute dall'ente locale e dagli organismi partecipati, atteso che la disciplina vincolistica è incentrata sui valori finanziari indicati nel bilancio dell'ente locale e non sulle funzioni ed i servizi svolti o ipotizzabili in futuro dall'Amministrazione (sul punto cfr. Sezione contr. Lombardia deliberazione n.77/2011/PAR). L'intenzione del legislatore tende a ridurre il perimetro della Pubblica Amministrazione, agendo sulla leva finanziaria. I tetti imposti alle spese di personale e i vincoli assunzionali riferiti alla spesa corrente, si pongono quale limite finanziario alle funzioni e ai servizi erogabili dall'ente, in un periodo storico in cui lo Stato deve necessariamente ridurre la spesa pubblica per rispettare i parametri europei in materia di finanza pubblica.

Quanto al secondo quesito, circa la legittimità di adottare il regime concessorio, previa gara ad evidenza pubblica, per il servizio farmaceutico, dopo aver esercitato il diritto di prelazione per la sede farmaceutica di nuova istituzione, la Sezione si è già espressa in senso negativo (cfr. da ultimo, deliberazione n.657/2011/PAR).

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.

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).

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 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.

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.

Il comune ha facoltà di esercitare, *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 05/03/2012
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)