



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

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Gianluca Braghò	Primo referendario
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott. Laura De Rentiis	Referendario
dott. Donato Centrone	Referendario (relatore)
dott. Francesco Sucameli	Referendario
dott. Cristiano Baldi	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario

nella camera di consiglio del 11 dicembre 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 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 la nota del 26 novembre 2012 con la quale il Sindaco del Comune di Massalengo (LO) ha chiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla sopra indicata richiesta;

Udito il relatore, dott. Donato Centrone

Premesso che

Il Sindaco del Comune di Massalengo (LO), avente popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, con nota del 26 novembre 2012, ha formulato alla Sezione un'articolata richiesta di parere inerente le modalità di gestione di una farmacia comunale.

L'Amministrazione ha esercitato, con delibera di Consiglio n. 22 del 16/06/2011, il diritto di prelazione per l'apertura di una farmacia comunale, individuando la futura sede in un immobile da ristrutturare, il cui costo complessivo ammonta a € 450.000 ed il cui finanziamento era stato programmato con alienazione di un terreno di proprietà comunale.

La sede della farmacia è prevista al piano terra del summenzionato immobile, mentre al piano superiore sono previsti alloggi per persone bisognose o, in alternativa, strutture di utilità pubblica, quali, ad esempio, un centro rieducativo per disabili o ambulatori medici.

La ristrutturazione dell'immobile non potrà tuttavia essere attuata, in quanto l'alienazione del terreno comunale non si è concretizzata per la mancanza di offerte (l'asta pubblica è andata deserta per due volte) e tale cessione sarà improbabile, tenuto conto della crisi del mercato immobiliare e dell'assenza di potenziali acquirenti per realizzare sul terreno residenze private.

Alla luce dei suesposti fatti, il Comune di Massalengo ha valutato di seguire un iter procedurale alternativo per addivenire all'apertura della farmacia comunale. Prevede di conferire l'immobile alla società ASTEM (di cui il Comune è socio con una partecipazione dello 0,014% del capitale sociale) che, a sua volta, delibererebbe un aumento di capitale a favore del Comune per un numero di azioni pari al valore dell'immobile conferito (€ 370.000).

ASTEM spa è società interamente controllata da enti locali (35 comuni del territorio del lodigiano) ed ha, nel suo oggetto sociale, "l'acquisto, la vendita, la costruzione, la ristrutturazione, la trasformazione, la valorizzazione, il risanamento, sia in proprio che per conto dei soci, di beni immobili in genere, nonché la gestione degli immobili di proprietà sociale".

ASTEM spa, a sua volta, controlla interamente la società Azienda farmacie comunali di Lodi srl, titolare e gestore delle farmacie pubbliche nel Comune di Lodi.

ASTEM spa assumerebbe, a seguito del conferimento da parte del Comune di Massalengo dell'immobile, l'impegno a:

- 1) ristrutturare l'immobile per collocarvi la farmacia comunale e per ricavarne alloggi per persone bisognose o, in alternativa, strutture di utilità pubblica per la collettività, quali un centro rieducativo per disabili o ambulatori medici;

2) far gestire la farmacia comunale, che sarà insediata nell'immobile, alla sua controllata Azienda farmacie comunali Lodi srl (l'Azienda, secondo l'art. 2 comma 3 del proprio statuto, ha la possibilità di gestire anche le farmacie di altri Comuni).

Il predetto affidamento potrebbe avvenire attraverso atto di convenzionamento fra Comune e Azienda Farmacie comunali Lodi srl oppure, in alternativa, il Comune potrebbe valutare di entrare come socio nella predetta società.

Alla luce di quanto esposto, il Sindaco chiede di sapere se il succitato iter procedurale è conforme alle vigenti disposizioni di legge.

In merito all'ammissibilità della richiesta

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

In relazione allo specifico quesito formulato dal Sindaco del Comune di Massalengo, la Sezione osserva quanto segue.

Il primo punto da esaminare concerne la verifica in ordine alla circostanza se la richiesta proveniente dal Comune rientri nell'ambito delle funzioni attribuite alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7, comma 8, della legge 6 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 ed efficacia dell'azione amministrativa.

I pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nei procedimenti amministrativi degli enti territoriali consentendo, nelle tematiche in relazione alle quali la collaborazione viene esercitata, scelte adeguate e ponderate nello svolgimento dei poteri che appartengono agli amministratori pubblici, restando peraltro esclusa qualsiasi forma di cogestione o coamministrazione con l'organo di controllo esterno (si rinvia, per tutte, alla Delibera della Sezione del 11 febbraio 2009, n. 36).

Infatti, deve essere messo in luce che il parere della Sezione attiene a profili di carattere generale anche se, ovviamente, la richiesta proveniente dall'ente pubblico è motivata, generalmente, dalla necessità di assumere specifiche decisioni in relazione ad una particolare situazione. L'esame e l'analisi svolta nel parere è limitata ad individuare l'interpretazione di disposizioni di legge e di principi generali dell'ordinamento in relazione alla materia prospettata dal richiedente, spettando, ovviamente, a quest'ultimo la decisione in ordine alle modalità applicative in relazione alla situazione che ha originato la domanda.

Con specifico riferimento all'ambito di legittimazione soggettiva per l'attivazione di questa particolare forma di collaborazione, è ormai consolidato l'orientamento che vede, nel caso del

Comune, il Sindaco quale 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.

Il presente presupposto soggettivo sussiste nel quesito richiesto dal comune di Massalengo con nota del 26 novembre 2012.

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo, occorre rilevare che la disposizione contenuta nel comma 8 dell'art. 7 della legge 131 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 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 del 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 di interferenza, in concreto, con competenze di altri organi giurisdizionali.

Tanto premesso, la richiesta di parere del Comune di Massalengo, articolabile in tre distinti quesiti, può ritenersi ammissibile sotto il profilo oggettivo, salvo quanto si esporrà in merito alla seconda istanza, attenendo ai limiti normativi posti dal legislatore alle modalità di affidamento e gestione di servizi pubblici locali, in particolare del servizio farmaceutico, più volte oggetto di attenzione in sede consultiva da parte della Sezione.

Esame nel merito

In via preliminare la Sezione precisa che le decisioni inerenti le modalità di affidamento della ristrutturazione di un immobile e di gestione di un servizio pubblico locale attengono al merito

dell'azione amministrativa e rientrano nella esclusiva discrezionalità e responsabilità dell'Ente che, tuttavia, potrà orientare la sua decisione in base alle conclusioni contenute nel presente parere.

Il Comune pone, in sostanza, tre quesiti.

I. Possibilità di procedere all'aumento del capitale di società partecipata

La questione afferisce la capacità giuridica di diritto privato del Comune che, salve le limitazioni previste dalla legge, può esplicarsi, alla pari di quella di altri operatori privati (cfr. art. 1 legge 241/1990, dopo le modifiche apportate dalla legge n. 15/2005) secondo le norme previste dal codice civile, purché, naturalmente, in conformità agli scopi istituzionali attribuiti dal legislatore.

Si rinvia, in proposito, agli artt. 3 e 13 del TUEL che definiscono le funzioni istituzionali dei Comuni ed all'art. 19 del d.l. n. 95/2012, convertito con legge n. 135/2012, che ha individuato le funzioni fondamentali dei Comuni. Inoltre, in materia di partecipazioni societarie, il legislatore impone un vincolo di inerenza ancora più forte, con l'art. 3 comma 27 della LF n. 244/2007 (in vari casi oggetto di esame da parte della Sezione, specie in occasione della ricognizione delle partecipazioni societarie, cfr. deliberazioni n. 10/2008, n. 270/2008 e n. 23/2008/PAR).

Più in particolare, l'operazione di aumento del capitale sociale è stata oggetto di attenzione da parte del legislatore con l'art. 6 comma 19 del d.l. n. 78/2010, convertito con legge n. 122/2010, in cui si dispone che "le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dall'art. 2447 codice civile, effettuare aumenti di capitale, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti alle società di cui al primo periodo a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti".

La norma è stata più volte oggetto di attenzione da parte della Sezione (cfr. deliberazioni n. 19/2012/PAR e n. 220/2012/PAR), specie per evidenziare come, al di là del precetto normativo, ogni operazione di ricapitalizzazione deve rispondere ad una logica di razionalità economica, permettendo una migliore o più economica erogazione di servizi a favore della collettività (si rinvia all'art. 1 legge n. 241/1990, oltre che ai principi posti dall'art. 87 della Costituzione).

Dalla richiesta di parere non si deduce se la società ASTEM spa si trovi nella condizione prevista dalla legge ai fini dell'integrazione del divieto (perdite d'esercizio per tre esercizi consecutivi o utilizzo di riserve disponibili per il ripiano).

Va precisato, altresì, che, nel caso di protrazione delle perdite per un triennio, non pare possa invocarsi l'eccezione prevista per i trasferimenti finalizzati alla realizzazione di investimenti, posto che, con il conferimento dell'immobile, il Comune perderebbe la proprietà del bene, che confluirebbe nel patrimonio sociale di ASTEM spa (aggredibile dai creditori sociali e ripartibile, in

sede di eventuale liquidazione, fra tutti i 35 Comuni soci). Pertanto l'aumento di valore derivante dall'investimento solo indirettamente, ed in maniera eventuale, tornerebbe nel patrimonio del Comune trasferente.

II. Possibilità di affidare, a seguito del conferimento e dell'aumento di capitale sociale, direttamente ad ASTEM spa, la ristrutturazione dell'immobile

Il presente quesito, vertente sulla mera legittimità della procedura d'affidamento di lavori di ristrutturazione di un immobile, appare, in aderenza alla costante giurisprudenza della Sezione, inammissibile.

In primo luogo, nella specifica materia, la legge attribuisce funzione consultiva all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (cfr. d.lgs. n. 163/2006).

Inoltre, un eventuale parere rischia di porsi in contrasto con successivi accertamenti giurisdizionali sulla specifica fattispecie (nel caso di specie con eventuali pronunce della magistratura amministrativa), integrando un'ipotesi di potenziale interferenza più volte oggetto di delibere di inammissibilità.

Infine, un'eventuale risposta sarebbe assorbita, qualunque sia l'orientamento proposto, da quanto sarà esposto in merito al terzo quesito avanzato dal Comune.

Può essere peraltro evidenziato, in linea generale, stante l'indicata connessione, come l'operazione, frutto del collegamento di più negozi giuridici, integri, complessivamente considerata, un'ipotesi di affidamento diretto alla società ASTEM spa dei lavori di ristrutturazione di un immobile pubblico. Si tratta di operazioni contrattuali per le quali il Codice dei contratti, d.lgs. 163/2006, impone il rispetto della procedura di gara, sia che si qualifichi l'operazione come appalto (cfr. art. 3 comma 7, 32 e 53) che come concessione di costruzione e gestione (cfr. artt. 3 comma 11 e 142 e seguenti).

La cessione dell'immobile a fini di ottenere, quale corrispettivo, la ristrutturazione, presuppone l'espletamento di apposita gara per l'appalto di lavori (come desumibile dall'art. 53 del d.lgs. n. 163/2006), cui potrà partecipare, se in possesso dei prescritti requisiti generali e speciali, anche la società ASTEM spa.

III. Possibilità di affidare la gestione del servizio farmaceutico all'Azienda speciale farmacie comunali di Lodi srl, previo convenzionamento o ingresso nel capitale sociale

Ai fini della risposta al presente quesito, si pone come pregiudiziale la questione della 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. Al riguardo, la Sezione è orientata in linea generale verso la natura di servizio pubblico locale, a tendenziale rilevanza economica (Sezione contr. Lombardia, deliberazioni n.195/2009/PAR e n. 196/2009/PAR).

Siffatta qualificazione è sostenuta dalle argomentazioni contenute nella sentenza della Corte Costituzionale 10 ottobre 2006, n.87, a tenore della quale “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, cui la legge 2 aprile 1968 n. 475 subordina il concreto esercizio dell’attività.

Va ricordato che il d. l. n. 135/2009, nel testo emerso dalla conversione operata dalla legge n. 166/2006, ha escluso le farmacie comunali dalla disciplina dei servizi a rilevanza economica, dettata dall’art. 23 bis del d.l. n. 112/2008 (convertito con legge 6 agosto 2008, n.133), mantenendo la riconduzione della gestione delle farmacie municipali 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. 362/1991.

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

Anche l’art. 4, comma 34, del d.l. n. 138/2011, recante “adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell’Unione Europea”, escludeva dal proprio campo operativo (ad eccezione dei commi da 19 a 27), alcuni servizi, fra cui la gestione delle farmacie comunali, regolate dalla legge n. 475/1968.

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

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:

- in economia;
- a mezzo azienda speciale;
- a mezzo consorzi tra Comuni per la conduzione di farmacie di cui sono titolari;
- 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).

La legge non contempla la gestione della farmacia comunale mediante società di capitali a partecipazione totalitaria pubblica.

Tuttavia, come evidenziato nel parere della Sezione n. 489/2011, la società di capitali unipersonale è stata introdotta nell’ordinamento statale, in conseguenza della Direttiva

89/667/CEE del 21 dicembre 1989, recepita con d.lgs. n. 88 del 3 marzo 1993 (cui ha fatto seguito, con la riforma del diritto societario, la società unipersonale per azioni, d.lgs. n. 6/2003).

Ne consegue che la previsione di un nuovo schema societario, non rientrante nel novero delle modalità di resa del servizio elencate nella legge "Mariotti", pare ampliare gli strumenti giuridici selezionabili dalla pubblica amministrazione per perseguire i propri fini.

I modelli di gestione delle farmacie comunali, previsti dall'art. 9 della legge n. 475/1968, non sembrano dunque avere carattere tassativo (cfr. parere n. 489/2011), salvo le limitazioni esposte in seguito (in coerenza alla ratio generale della normativa).

Sul piano del diritto interno, si osserva che la gestione di un servizio pubblico (quale una farmacia comunale), mediante una società a totale partecipazione comunale, rappresenta una forma tipica di resa del servizio (cfr. l'abrogato art. 113 comma 5 del d.lgs. n. 267/2000) e la prassi negoziale ha seguito l'evolversi dell'ordinamento (plurimi sono i casi di società interamente partecipate gerenti il servizio farmaceutico, in via esclusiva o assieme ad altre attività).

Si è rilevato, 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" (deliberazione n.3/PAR/2008).

In altra pronuncia è stato affermato che "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 anche nella delibera 426/2010/PAR).

Tale facoltà incontra tuttavia dei limiti, discendenti dall'impianto generale della legge n. 475/1968, tesi, in particolare, a valorizzare la funzione sociale dell'attività farmaceutica (il diritto di prelazione a favore del Comune ne costituisce una delle espressioni).

La Sezione aveva già privilegiato un percorso esegetico teso a valorizzare la finalità sociale dell'attività (deliberazione 70/2011/PAR del 3 febbraio 2011).

La normativa settoriale applicabile al servizio farmaceutico comunale non consente infatti una scissione sostanziale fra la titolarità del servizio e il suo concreto esercizio mediante lo strumento della concessione a terzi (cfr. deliberazioni n. 70/2011/PAR, n. 49/2012/PAR e n. 446/2012/PAR), sia pur individuati con gara ad evidenza pubblica, poiché è necessario che l'ente locale mantenga il controllo e la gestione diretta di un proprio servizio istituzionale, in coerenza con la finalità pubblica insita nel servizio farmaceutico. Inerenza con un pubblico servizio da ritenersi prevalente rispetto alla natura potenzialmente 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, l'opzione presuppone la decisione a monte di assumere direttamente la gestione del servizio nelle forme previste dalla legge Mariotti o, in linea con l'interpretazione evolutiva prima evidenziata, mediante società interamente partecipata.

Il Comune di Massalengo propone due alternative di affidamento della gestione:

1) convenzione con la società Azienda farmaceutica comunale di Lodi srl, partecipata al 100% dalla società ASTEM srl (in cui il Comune di Massalengo detiene una quota di partecipazione);

2) ingresso nel capitale della società Azienda farmaceutica comunale di Lodi srl, partecipata totalmente dalla società ASTEM spa, e successiva attribuzione del servizio a quest'ultima.

Entrambe le ipotesi non appaiono praticabili.

La prima non appare conforme alle regole e principi, nazionali e comunitari, previsti per l'affidamento di servizi pubblici. Infatti, anche ammessa la possibilità di affidamento della gestione di una farmacia comunale con modalità non previste dall'art. 9 della legge n. 475/1968, queste ultime devono essere comunque conformi ai principi nazionali e comunitari (cfr. art. 30 d.lgs. n. 163/2006, art. 34 d.l. n. 179/2012, Corte costituzionale n. 352/2010 e n. 199/2012; Corte dei conti, Sezione Basilicata, parere n. 173/2012), nonché coerenti alla ratio ispiratrice della legge Mariotti, sopra riportata.

Nell'ipotesi prospettata dal Comune, invece, l'affidamento avverrebbe senza gara, a favore di una società partecipata da altro soggetto giuridico (la ASTEM spa), sulla quale il Comune non detiene alcuna forma di controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici, così come non lo detiene, per il servizio farmaceutico da affidare, nei confronti della società ASTEM spa, della quale dispone di una quota di partecipazione minoritaria.

Infatti, a differenza delle ipotesi di "controllo analogo congiunto" da parte di plurime pubbliche amministrazioni, analizzate e ritenute ammissibili dalla giurisprudenza (cfr., per tutte, Corte UE C-324/07 del 2008 e Cons. Stato sez. V, n. 1365/09), nel caso di specie non si tratta dell'affidamento, da parte di tutti i Comuni soci, in virtù del controllo analogo, di uno o più servizi alla società partecipata, ma dell'affidamento, da parte di un solo Comune (non avente una quota di partecipazione tale da consentirgli l'esercizio del controllo analogo), di un servizio distinto e differente da quello erogato dalla società per conto degli altri Comuni soci.

Peraltro si tratterebbe di affidamento non a favore della medesima società partecipata (sia pure in minoranza), ma di società partecipata da quest'ultima.

In sostanza nel caso di affidamento congiunto di uno o più servizi da parte dei Comuni soci alla società partecipata, l'integrazione dei presupposti per l'affidamento in house richiede la necessaria presenza di un controllo analogo congiunto, mediante la creazione di un organismo di coordinamento, o altro analogo, che, attribuendo al singolo socio diritti maggiori di quelli conferiti

dal codice civile, gli permetta di esercitare poteri corrispondenti a quelli esercitati sui propri uffici (la fattispecie viene assimilata all'autoproduzione di un bene o di un servizio).

Nel caso proposto dal Comune di Massalengo, invece, la gestione del servizio farmaceutico verrebbe affidata, previa convenzione, ad una società indirettamente partecipata (l'Azienda farmaceutica comunale di Lodi srl) tramite la società ASTEM spa, nei confronti della quale, per lo specifico servizio, il Comune neppure dispone di alcuna forma di controllo analogo.

Questa opzione, inoltre, produrrebbe quella scissione sostanziale fra titolarità e gestione del servizio farmaceutico, su cui la Sezione si è espressa più volte in senso negativo (si rinvia alle deliberazioni già indicate).

Anche la seconda ipotesi (gestione a mezzo dell'Azienda farmaceutica comunale di Lodi srl, previo ingresso nel capitale sociale da parte del Comune di Massalengo) non pare praticabile.

Produrrebbe infatti quella scissione sostanziale fra titolarità e gestione del servizio, posto che l'affidamento avverrebbe a favore di società non interamente pubblica (in quanto partecipata da ASTEM spa, le cui azioni sono ripartite fra vari Comuni della Provincia, e non direttamente dal Comune di Lodi). Si rinvia, in merito, alle motivazioni e conclusioni presenti nelle citate deliberazioni n. 70/2011/PAR, n. 49/2012/PAR e n. 446/2012/PAR.

Si rileva, inoltre, che, come riferito nell'istanza di parere, il Comune conta 4.520 abitanti. Pertanto, possedendo già una partecipazione nella società ASTEM spa, in caso di ingresso nel capitale sociale della società AFC Lodi srl, scatterebbe il divieto, posto dall'art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010, convertito con legge n. 122/2010, per i Comuni sotto i 30.000 abitanti, di detenere ulteriori partecipazioni societarie. Non sarebbe neppure applicabile l'eccezione prevista dal predetto comma per le società costituite con altri Comuni (purché sommino una popolazione complessiva superiore ai 30.00 abitanti e le azioni siano ripartite in misura paritaria o proporzionale al numero degli abitanti), posto che la società AFC Lodi srl ha come socio unico la società ASTEM spa e non altro ente locale (si rinvia a quanto esposto, in relazione alla presente problematica, nel parere n. 147/2012).

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione

Il Relatore
(Donato Centrone)

Il Presidente
(Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
17 dicembre 2012
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)