



del 27 aprile 2004 come modificata ed integrata dalla deliberazione n. 9/SEZAUT/2009/INPR del 3 luglio 2009 e dalla deliberazione n. 54/CONTR del 17 novembre 2010 delle Sezioni Riunite in sede di controllo;

VISTA la richiesta di parere inoltrata dal Sindaco del Comune di Bovolone, n. prot. 13314 in data 11 agosto 2011, qui pervenuta il 17 agosto 2011 ed assunta al prot. n. 5227;

VISTA l'ordinanza del Presidente f.f. n. 10/2012 di convocazione della Sezione per l'odierna seduta;

UDITO il relatore, cons. Giovanni Zotta;

#### FATTO

Il Comune di Bovolone con popolazione di 15.935 abitanti, con la nota indicata in epigrafe, chiede il parere di questa Corte sulle *modalità gestionali riferite al servizio farmacia alla luce delle diverse interpretazioni giurisprudenziali e dottrinarie intervenute negli ultimi anni in merito alla numerosa normativa emanata riferibile alle farmacie comunali.*

*Preliminarmente rappresenta che:*

- *L'Art.9 della legge n.475/1968 come modificato dalla legge n.362/1991 prevede le seguenti forme di gestione:*

- a) In economia*
- b) A mezzo di azienda speciale*
- c) A mezzo consorzio tra comuni per la conduzione di farmacie di cui sono unici 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 il Comune abbia la titolarità.*

*La lettura della citata normativa combinata e coordinata con le ulteriori modifiche intervenute con l'entrata in vigore del D.Lgs. 267/2000, con l'art.23bis citato e l'avvenuta abrogazione dell'art.113 del TUEL, hanno determinato una interpretazione in aderenza a copiosa giurisprudenza, orientata a ritenere legittima la modalità di gestione della farmacia comunale mediante società a capitale misto pubblico-privato con scelta del socio privato attraverso l'espletamento di una gara ad evidenza pubblica. La conversione nella legge n. 122/2010 del D.L. 78/2010 ed in particolare l'art.14, comma 32, che ha determinato che i Comuni con meno di 30.000 abitanti da soli non possono costituire società, ma debbono associarsi con altri enti per la gestione della stessa e la recente abrogazione referendaria dell'art.23 bis del D.L. 112/2008, hanno determinato la necessità da parte di questo Ente di porre in essere nuove valutazioni sulla legittimità delle disposizioni contenute nei citato atto consiliare n. 35/2010 base di avvio per la scelta del socio privato e pertanto delle modalità gestionali.*

*Sugli effetti normativi concreti che la consultazione referendaria ha generato sui servizi pubblici locali si è espressa in data 14 giugno 2011 l'ANCI, che per quanto concerne la gestione delle farmacie comunali, ritiene che la gestione delle stesse sia al di*

*fuori del perimetro abrogativo del referendum, in quanto già escluse dall'applicazione dell'art. 23 bis ed oggetto di specifiche normative (L. 475/1968).*

*Tale interpretazione da parte della dottrina, non è stata condivisa, ritenendo di contro che già con la L.498/92 art.12 comma 1, gli Enti Locali potevano organizzare la gestione del servizio di farmacia comunale in deroga a quanto previsto dalla citata legge del 1968. Tale norma è considerata anche dalla giurisprudenza maggioritaria non più applicabile in quanto il servizio di farmacia comunale è pacificamente assoggettato alle disposizioni e ai principi nazionali e comunitari che regolano la materia dei servizi pubblici a rilevanza economica.*

*Ciò premesso, alla luce dei nuovi scenari venutisi a creare a seguito dei diversi interventi legislativi, il Sindaco formula richiesta di parere in merito alla percorribilità, sotto il profilo della legittimità, della gestione della farmacia comunale attraverso la costituzione di una società di capitale, con scelta del socio privato a mezzo di gara e non secondo i modelli gestionali previsti dall'art. 9 della L. 475/68 e come la stessa si possa raccordare con il divieto posto in capo ai comuni con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti di costituire società (art.14 comma 32 D.L n.78/2010) e con la previsione dell'art. 3 comma 27 della L. n. 244/2007 concernente la produzione di servizi strettamente necessari per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente.*

## DIRITTO

La richiesta del Comune di Bovolone è stata espressamente formulata ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131.

Preliminarmente, rispetto all'esame del merito del quesito, occorre verificare se, nella fattispecie de qua, ricorrano i presupposti procedurali, soggettivi e oggettivi, necessari per l'ammissibilità della richiesta.

Dal punto di vista soggettivo, la richiesta stessa è da ritenere ammissibile in quanto sottoscritta dal Sindaco, organo politico di vertice e rappresentante legale dell'Ente (art. 50 del TUEL).

Circa la sussistenza del presupposto oggettivo, si richiamano le deliberazioni del 27 aprile 2004 e n. 5 del 10 marzo 2006 con le quali la Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, ha adottato gli indirizzi ed i criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva, affermando che, ai fini dell'ammissibilità della richiesta, accanto alle condizioni soggettive devono sussistere condizioni oggettive e, in particolare, l'attinenza con la materia della contabilità pubblica ed il carattere generale e astratto della questione sottostante il quesito, di guisa che il parere non vada ad incidere su specifiche fattispecie concrete in ordine alle quali potrebbero anche pronunciarsi, nell'ambito della loro competenza, altri organi magistratuali.

Gli indirizzi ed i criteri generali della Sezione delle Autonomie, approvati con le delibere citate hanno circoscritto l'ambito

oggettivo di nozione di contabilità pubblica "alla normativa ed ai relativi atti applicativi che disciplinano, in generale, l'attività finanziaria che precede o che segue i distinti interventi di settore, compresi, in particolare, la disciplina dei bilanci e i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria - contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione della spesa, l'indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli".

Per ultimo, l'ambito applicativo dell'attività consultiva è stato ulteriormente chiarito con la deliberazione 54/CONTR/2010 delle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti depositata il 17 novembre 2010.

Perciò, avendo la richiesta attinenza con il bilancio dell'Ente, può essere ricompresa nell'alveo della "contabilità pubblica" e quindi è ammissibile anche sotto il profilo oggettivo.

Passando al merito, l'esame del quesito proposto dal comune di Bovolone presuppone il chiarimento di talune questioni. Va innanzitutto ricordato che l'esercizio di farmacie e la loro distribuzione sul territorio in rapporto alla popolazione costituisce una modalità per assicurare un diritto costituzionalmente garantito quale è quello alla salute. In un tale presupposto trova fondamento la normativa che regola il servizio farmaceutico di cui alla legge n. 475/1968, prevedendo l'attribuzione della titolarità della farmacia a privati dotati di particolari requisiti e fortemente regolamentati nell'ambito di un ordinamento sezionale ovvero ai comuni entro un limite massimo prefissato, recentemente

novellato come si vedrà dal Decreto 1/2012. Ai fini del parere vengono in rilievo appunto i limiti e le modalità di attribuzione della titolarità della farmacia ai comuni. Va in proposito posto in evidenza che l'art. 9 della legge n. 475/1968 attribuisce ai comuni la facoltà di acquisire la titolarità di farmacie vacanti o di nuova istituzione. Si tratta di una riserva, sia pure limitata, che trova il proprio fondamento nell'art. 43 Cost., norma derogativa conformativa dell'art. 41 Cost. Le modalità per assicurare il servizio di gestione della farmacia si articolano in primo luogo attraverso la individuazione di bacini di utenza minimi e massimi su base territoriale che conformano ma anche limitano l'attività attraverso una autorizzazione. Si tratta peraltro di una attività assoggettata a forti vincoli di natura pubblicistica in relazione alla finalità perseguita, seppur in qualche misura attenuati dal citato decreto.

Circa le modalità di gestione si deve ritenere che, in base alla disciplina di settore prima richiamata, il servizio possa essere effettuato in economia, a mezzo di azienda speciale o di consorzio tra comuni e mediante società di capitali, in linea con quanto affermato dalla Sezione Regionale di Controllo della Corte dei conti della Puglia con deliberazione n. 3/PAR/2008 e Corte dei Conti - sez. regionale di controllo per la Lombardia 11/5/2009 n. 196/2009. La scelta tra le varie forme di gestione è deferita a determinazioni discrezionali dell'ente, peraltro da motivare adeguatamente. Ciò premesso, il Collegio osserva che la

giurisprudenza della Sezione ha avuto già modo di precisare (delibera n. 5/2009), che le normative recenti nel porre limitazioni alla costituzione ed alla partecipazione in società da parte delle pubbliche amministrazioni, ribadiscono e rafforzano il principio generale secondo cui la costituzione di società o il mantenimento di partecipazioni azionarie da parte degli enti locali, a prescindere dalla qualificazione privatistica di tali soggetti, richiede come presupposto la "funzionalizzazione" dell'attività di carattere imprenditoriale alla cura di interessi generali giuridicamente organizzati in funzioni o servizi pubblici, attribuiti ad una pubblica amministrazione. Pertanto, l'effetto ultimo di tali restrizioni legislative è quello di limitare i costi di tali organismi societari che gravano sulla finanza pubblica.

Particolarmente restrittivi sono, in particolare, i limiti posti dall'art. 3, commi 27 e ss., della legge 27 dicembre 2007, n.244 che fa divieto alle amministrazioni pubbliche di costituire società e di assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni anche di minoranza in società, aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi, non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, salvo costituire o assumere partecipazioni in società che producono servizi di interesse generale. Inoltre si deve tenere conto dell'art. 23 bis del D.L. convertito in legge 133/2008 avente l'obiettivo di garantire la massima tutela ai principi di libera concorrenza, secondo gli orientamenti dell'U.E., tenendo presente

che si tratta di un servizio pubblico a rilevanza economica (cfr in proposito del. Sez. Lombardia n. 195/2009/PAR). Va inoltre sottolineata in proposito la disciplina introdotta dall'art. 3 comma 30 della legge finanziaria 2008 che, in un'ottica globale, pone regole volte ad assicurare l'efficacia del servizio reso e l'economicità complessiva della struttura organizzativa dell'ente (cfr. Deliberazione 85/pareri/08 e n. 270/08 Sezione Lombardia). Limiti ancora più stringenti pone la legislazione finanziaria per quanto concerne la costituzione di nuove società partecipate ad iniziativa dei comuni demograficamente minori. I comuni inferiori ai 30.000 abitanti non possono costituire società e devono dismettere le partecipazioni già in essere, salvo determinate eccezioni previste dall'art. 14, comma 32, del D.L. 31 maggio 2010, n.78, convertito nella legge 30 luglio 2010, n.122, come modificata dall'art. 1 comma 117 della legge 13 dicembre 2010, n.220 e, da ultimo, dall'art. 16 comma 13 del D.L. 13 agosto 2011, n.138. Più in particolare l'art. 14 c. 32 dispone che i comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti non possono avere partecipazioni societarie; i comuni con popolazione da 30.000 a 50.000 abitanti possono avere una sola partecipazione azionaria, mentre la L. 220/2010 (Legge di stabilità per il 2011), all'art. 1, comma 117, dispone che: *"Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite abbiano avuto il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi»*. L'art.14 comma 32 del

*d.1. 78/2010 è stato a sua volta modificato dalla legge 138/2011 come segue: I comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2012 i comuni devono mettere in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero cedere le partecipazioni. Queste disposizioni non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite:*

*a. abbiano, al 31 dicembre 2012, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi;*

*b. non abbiano subito nei precedenti esercizi, riduzioni di capitali conseguenti a perdite di bilancio;*

*c. non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime.*

In termini pratici, il precetto ha effetto - come chiarito da questa Sezione con delibera 324 del 12 maggio 2011 - solo per le società di nuova costituzione, nei Comuni sotto i 30.000 abitanti, mentre per quelle già esistenti sarà sufficiente che abbiano avuto bilanci in utile negli ultimi tre esercizi precedenti la data di entrata in vigore della legge di stabilità (anni 2008-2010).

Tali conclusioni risultano confermate anche a seguito del recente d.l. n. 138/2011 convertito dalla legge n. 148/2011, in materia di affidamento di servizi pubblici a rilevanza economica: l'art. 4 comma 32 del predetto d.l. n. 138/2011 fa espressamente salvo,

nella formula di esordio, "quanto previsto dall'articolo 14 comma 32 del decreto legge 31 maggio 2010 n. 78 convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010 n. 122, come modificato dall'art. 1 comma 117 della legge 13 dicembre 2010, n. 220, e successive modificazioni". Infatti, anche nel nuovo contesto normativo la giurisprudenza della Corte ha precisato che "l'utilizzo e il mantenimento dello schema societario per la gestione del servizio ..... 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" (delibera Sez. Lombardia n. 489 del 26/9/2011).

I suaccennati profili ermeneutici consentono di poter rispondere al quesito proposto, per il quale, oltre all'ormai esplicito riferimento legale in un quadro di tendenziale disfavore del recente Legislatore nei confronti delle società a partecipazione pubblica, che recentemente ha trovato una nuova disciplina nel decreto 1/2012 vanno inserite le problematiche relative alla applicabilità alla fattispecie delle modalità di applicazione delle disposizioni del nuovo decreto allo specifico settore delle farmacie.

Rilevato che viene da più parti riconosciuta la piena ammissibilità della scissione tra titolarità e gestione (cfr. TAR Campania Sez. V – 9/10/2008 n. 14697) il Comune, ove ritenesse di optare per la forma della società di capitali, dovrà tenere conto delle profonde

modificazioni legislative intervenute nel frattempo, che si sostanziano infatti in un potenziamento del servizio di distribuzione farmaceutica, di accesso alla titolarità delle farmacie e modifica alla disciplina della somministrazione dei farmaci.

L'art. 11 del decreto 1/2012 prevede infatti che: *1. Al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, garantendo al contempo una più capillare presenza sul territorio del servizio farmaceutico, il secondo e il terzo comma dell'articolo 1 della legge 2 aprile 1968, n. 475, e successive modificazioni sono sostituiti dai seguenti: "Il numero delle autorizzazioni e' stabilito in modo che vi sia una farmacia ogni 3000 abitanti. La popolazione eccedente, rispetto al parametro di cui al secondo comma, consente l'apertura di una ulteriore farmacia, qualora sia superiore a 500 abitanti; nei comuni fino a 9.000 abitanti, l'ulteriore farmacia può essere autorizzata soltanto qualora la popolazione eccedente rispetto al parametro sia superiore a 1500 abitanti". 2. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano provvedono ad assicurare, entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, l'approvazione straordinaria delle piante organiche delle farmacie, in attuazione della previsione di cui al comma 1. In deroga a quanto previsto dall'articolo 9 della legge 2 aprile 1968, n. 475, sulle sedi farmaceutiche istituite in attuazione del comma 1 o comunque vacanti, non può essere esercitato il diritto di*

*prelazione da parte del comune. Entro i successivi 30 giorni le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano bandiscono un concorso straordinario per titoli ed esami per la copertura delle sedi farmaceutiche di nuova istituzione o vacanti, fatte salve quelle per le quali sia stata già espletata la procedura concorsuale, riservando la partecipazione allo stesso ai farmacisti non titolari di farmacia e ai titolari di farmacia rurale sussidiata.*

Ciò premesso, il Collegio non può fare a meno di osservare che le puntuali e specifiche scelte gestionali in ordine alla costituzione e permanenza in vita di organismi societari da parte del Comune rientrano, nel rispetto delle previsioni legali, nella sfera decisionale della Amministrazione, la quale nell'esercizio delle proprie prerogative discrezionali potrà avvalersi dei principi ermeneutici enunciati nel presente parere.

Il comune deve pertanto valutare l' "an" e il "quomodo" sulle forme di gestione del servizio che assicurino un equilibrato rapporto tra costi e ricavi in base ad un piano pluriennale che tenga conto, altresì, dei vincoli di finanza pubblica compreso quello inerente al Patto di stabilità interno come prevede l'art. 23 bis comma 10 del D.L. convertito in legge 133/08, e il nuovo regolamento, approvato con D.P.R. 168/2010, che all'art.5 stabilisce da un lato che *gli affidatari in house sono assoggettati al patto di stabilità interno*, e dall'altro che *gli Enti Locali vigilano sull'osservanza da parte dei soggetti gestori in house dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno*. A tal fine l'art. 25 comma 4

del citato decreto 1/2012 prevede che le società affidatarie in house sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'articolo 18, comma 2-bis del decreto legge 25 luglio 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni. L'ente locale o l'ente di governo locale dell'ambito o del bacino vigila sull'osservanza da parte delle società di cui al periodo precedente dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interna,

L'ente dovrà inoltre tenere conto anche degli altri obblighi posti dalle norme di contenimento della spesa del personale, in tema di incarichi, di acquisto dei beni: il comma 5 del citato decreto statuisce che le società affidatarie in house sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni. Le medesime società 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."

Va al riguardo sottolineato che, nella medesima ottica di contenimento della spesa del personale, in virtù dell'art. 14

comma 9 del D.L. n. 78/2010 (così come modificato dall'art. 28 comma 11-quater della Legge n. 214/2011 ), è fatto divieto agli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale è pari o superiore al 50% delle spese correnti di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale; i restanti enti possono procedere ad assunzioni di personale nel limite del 20 per cento della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente. La disposizione del presente comma si applica a decorrere dal 1° gennaio 2011, con riferimento alle cessazioni verificatesi nell'anno 2010. Inoltre, l'art. 20 comma 9 del D.L. n. 98/2011 stabilisce che: *Ai fini del computo della percentuale di cui al periodo precedente si calcolano le spese sostenute anche dalle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che sono titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale, né commerciale ,ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica. La disposizione di cui al precedente periodo non si applica alle società quotate su mercati regolamentari.*

Sotto il profilo da ultimo considerato, la deliberazione n. 14/AUT/2011/QMIG, assunta nella seduta del 30 novembre e depositata in segreteria il 28 dicembre 2011, ha stabilito che per la determinazione, ai sensi dell'art. 76, comma. 7, del D.L.

112/2008, della spesa consolidata del comparto "personale" dell'ente locale, si considerano: a) le società partecipate in modo totalitario da un ente pubblico o da più enti pubblici congiuntamente, tenuto conto del concetto univocamente accolto di società in house, come società che vive "prevalentemente" di risorse provenienti dall'ente locale (o da più enti locali), caratterizzata da un valore della produzione costituito per non meno dell'80% da corrispettivi dell'ente proprietario; b) le società che presentano le caratteristiche di cui all'art. 2359, primo comma, numeri 1 e 2, del Codice civile, purché affidatarie dirette di servizi pubblici locali.

Ai fini della determinazione della spesa del comparto personale dell'ente locale e delle società partecipate o controllate, di cui all'art. 76, co. 7, d.l. n. 112/2008, si assumono i dati che derivano dai documenti contabili delle società (bilancio di esercizio) e dai questionari allegati alle relazioni dei revisori degli enti locali al rendiconto degli enti, ai sensi dell'art. 1, comma 166 e seguenti della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006), senza alcuna detrazione o rettifica, in assenza di specifiche norme che definiscono modalità e termini per il consolidamento dei conti, attualmente in fase di sperimentazione.

Infine, ai fini del calcolo del rapporto di incidenza previsto dall'articolo 76, comma 7, del D.L. 112/2008, si agisce soltanto sul numeratore, ma le spese di personale della società partecipata da sommare a quelle dell'ente sono da proporzionare

in base ai corrispettivi a carico dell'ente medesimo (o ai ricavi derivanti da tariffa, se presenti in luogo del corrispettivo stesso). Il calcolo va effettuato per ciascun organismo partecipato, che si tratti di società posseduta da uno o più enti, ovvero di società miste pubblico privato, controllate dall'ente a norma dell'articolo 2359, primo comma, numeri 1 e 2, del Codice civile.

PQM

La Sezione regionale di controllo per il Veneto rende il parere richiesto del Comune di Bovolone nei termini sopradescritti.

Copia della presente deliberazione sarà trasmessa, a cura del Direttore della Segreteria, al Sindaco del predetto Comune.

Così deliberato in Venezia, nella Camera di Consiglio del 28 febbraio 2012.

Il magistrato relatore

Il Presidente f.f.

f.to Cons. Giovanni Zotta

f.to Cons. Aldo Carleschi

Depositato in Segreteria il 28.02.2012

IL DIRETTORE DI SEGRETARIA

(f.to Dott.ssa Raffaella Brandolese)