



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

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giuseppe Roberto Mario Zola	Consigliere
dott. Gianluca Braghò	Primo referendario
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott. Donato Centrone	Referendario
dott. Francesco Sucameli	Referendario
dott. Cristiano Baldi	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario (relatore)

nell'adunanza in camera di consiglio del 26 settembre-1 ottobre 2013

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 del 16 giugno 2000, n. 14, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite del 3 luglio 2003, n. 2 e del 17 dicembre 2004, n. 1;

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 del 5 settembre 2013, n. 7787, con cui il comune di Castelverde (CR) ha richiesto un parere in materia di contabilità pubblica;

Vista la deliberazione n. 1/PAR/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 Castelveverde;

Udito il relatore dott. Andrea Luberti;

PREMESSO CHE

Il comune istante espone di essere titolare di una concessione all'esercizio di farmacia comunale, ma che la relativa attività non è ancora stata avviata.

Peraltro, è esposto che lo stesso comune presenta una popolazione inferiore a 30.000 abitanti, sicché la costituzione di una società mista monocomunale risulta vietata dal vigente art. 14, c. 32 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito con modifiche nella l. 30 luglio 2010 n. 122); né sarebbe in concreto possibile individuare localmente una società interamente pubblica multicomunale con bacino di riferimento complessivo superiore a 30.000 abitanti; né, ancora, a dire del comune, viene individuata come percorribile l'individuazione di un'azienda speciale già esistente di cui acquistare quote del capitale di dotazione e affidare la gestione della farmacia.

Tanto premesso, l'ente istante richiede: i) la legittimità di un'un'operazione contrattuale in cui il Comune: a) realizzi con risorse proprie una parte dell'investimento in immobilizzazioni tecniche per l'avvio della farmacia (anche in quanto il Comune è proprietario dell'immobile nel quale si intende installare l'apoteca); b) mantenga la titolarità delle entrate ricavate dalla vendita dei prodotti farmaceutici; c) sostenga le spese per utenze quali energia elettrica, gas e acqua; mentre per contro il privato, da individuarsi con procedura ad evidenza pubblica: a) si impegni a realizzare una parte dell'investimento in immobilizzazioni tecniche per l'avvio della farmacia; b) sostenga in proprio le spese per l'acquisto dei prodotti e per il personale necessario alla gestione della farmacia; c) sia remunerato dal Comune con un corrispettivo in parte fisso (a copertura delle quote di ammortamento dell'investimento di cui sopra e dei costi fissi della gestione) e, in termini contenuti, in parte proporzionale alle entrate (ricavi) da vendita di prodotti.

Ovvero, in alternativa: ii) la legittimità della costituzione *ex novo* di una azienda speciale ai fini della gestione del riferito servizio.

AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA

Il primo punto da esaminare concerne l'ammissibilità della richiesta, con riferimento ai parametri derivanti dalla natura della funzione consultiva prevista dalla normativa sopra indicata.

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei comuni, si osserva che il sindaco è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 del t.u.e.l. Pertanto, la richiesta di parere è soggettivamente ammissibile poiché promanante dall'organo legittimato a proporla.

AMMISSIBILITA' OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo di ammissibilità del quesito, occorre rammentare che la richiesta di parere è formulata ai sensi dell'articolo 7, comma 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, recante *"Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3"*.

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 che, lungi dal conferire alle Sezioni regionali di controllo un generale ruolo di consulenza, la limitano alla sola contabilità pubblica. Preliminare all'ulteriore procedibilità del parere è quindi la ricomprensione del parere tra quelli attribuibili per materia alle Sezioni regionali di controllo.

Le Sezioni riunite della Corte dei conti, intervenute 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 al riguardo precisato che detto concetto non si estende sino a ricomprendere la totalità dell'azione amministrativa che presenti riflessi di natura finanziaria, ma deve intendersi limitato al *"sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici"*, sia pure *"in una visione dinamica dell'accezione che sposta l'angolo visuale dal tradizionale contesto della gestione del bilancio a quello inerente ai relativi equilibri"*.

Con specifico riferimento al quesito posto dall'Ente, esso si palesa ammissibile anche sul piano oggettivo, attesa l'afferenza una materia costantemente ritenuta attratta alla contabilità pubblica.

MERITO

In relazione alla gestione di farmacie comunali, la Sezione ha affermato che (del. 17 dicembre 2012 n. 532) trattasi, in linea di principio, di servizio pubblico locale, a tendenziale rilevanza economica (si vedano, altresì, le deliberazioni in data 11 maggio 2009, nn. 195 e 196).

Siffatta qualificazione è corroborata 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 a 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. 25 settembre 2009, n. 135, nel testo emerso dalla legge di conversione 20 novembre 2009, n. 166, ha escluso le farmacie comunali dalla disciplina dei servizi a rilevanza economica, dettata dall’art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito con l. 6 agosto 2008, n.133), mantenendo la riconduzione della gestione delle farmacie comunali alle forme previste dall’art. 9 della legge 2 aprile 1968 n. 475, come sostituito dall’art. 10 della legge 8 novembre 1991, n. 362, di riordino del servizio farmaceutico.

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. 13 agosto 2011, n. 138, recante l’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 l. 475/1968 la fonte normativa da cui trarre spunto per definirne le modalità di gestione.

In sintesi, 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: i) direttamente, in economia; ii) a mezzo di azienda speciale; iii) a mezzo di consorzi tra comuni per la conduzione di farmacie di cui sono titolari; iv) 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).

I modelli di gestione delle farmacie comunali, previsti dall'art. 9 della legge n. 475/1968, non hanno peraltro carattere tassativo (cfr. la Sezione nella deliberazione 26 settembre 2011, n. 489) salvo il dato per cui la normativa settoriale applicabile al servizio farmaceutico comunale non consente una scissione sostanziale fra la titolarità del servizio stesso e il suo concreto esercizio mediante lo strumento della concessione a terzi (cfr. deliberazione 3 febbraio 2011, n. 70), sia pur individuati con gara ad evidenza pubblica.

Infatti, come evidenziato nella deliberazione riferita (si vedano anche le conformi deliberazioni 49/2012/PAR e n. 446/2012/PAR), nel caso di assunzione del servizio da parte del comune 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.

Di fatto, l'impraticabilità del modello concessorio poggia sul fine pubblico in vista del quale è stata concepita la prelazione legale in favore dei comuni. In tanto la legge conferisce agli stessi 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 normativa del 1968 o, in linea con l'interpretazione evolutiva prima evidenziata, mediante società interamente partecipata; tanto risulta in pieno conosciuto anche dal comune nell'istanza di parere.

Tanto premesso, occorre evidenziare che allo stato risulta preclusa all'ente municipale la possibilità di costituire una società *ex novo* per la gestione del servizio.

Infatti, l'art. 14, comma 32, d.l. 78/2010 dispone che, nel rispetto di ulteriori presupposti di legge, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società.

Di conseguenza lo stesso intenderebbe avvalersi dell'opera di un terzo mantenendo però la titolarità del servizio e la conseguente, diretta ritrazione dei ricavi.

Peraltro, nel caso di specie, la fattispecie sembra in astratto rientrare nell'ambito del contratto di appalto, atteso che la più recente giurisprudenza contabile e amministrativa ha più volte rimarcato l'irrelevanza della distinzione tra concessione e appalto ai fini della qualificazione di un'attività come servizio pubblico locale.

Come è noto, l'ordinamento positivo, in termini di nozione, si limita ad evidenziare che *"la concessione di servizi è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo"* (cfr. art.

3, comma 12, del d.lgs 12 aprile 2006, n. 163, codice dei contratti pubblici). Peraltro, la giurisprudenza europea e nazionale ha elaborato la nozione di concessione, individuando il criterio discrezionale (vincolante per la legislazione degli Stati membri) dall'appalto nella provenienza, o meno, della remunerazione del prestatore di servizi e nell'assunzione o meno del rischio.

Il diritto comunitario, infatti, riconnette l'applicazione di più rigorosi criteri di trasparenza e concorrenza per l'affidamento di commesse aventi il caratteri di "appalti" (direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) in ragione della bilateralità del rapporto che determina, in termini di tutela, la concentrazione del rischio di gestione sull'amministrazione aggiudicatrice. Infatti, risultando la stazione appaltante l'unico ed esclusivo interlocutore dell'aggiudicatario, essa è l'unico soggetto tenuto a remunerare le prestazioni, per le quali deve reperire le risorse necessarie; nella concessione, invece, in forza del rapporto trilaterale amministrazione-aggiudicatario-utenza, tale rischio grava in tutto o in parte sul concessionario (che viene remunerato direttamente dai cittadini-utenti) e quindi, l'ordinamento consente procedure di aggiudicazione più flessibili (art. 30 del codice dei contratti pubblici).

Chiarita la ragione sottostante alla distinzione tra appalto e concessione, appare evidente che tale criterio è inconferente in chiave discriminativa della natura del servizio reso (servizio strumentale o servizio pubblico locale). Ciò è stato di recente messo in evidenza dal Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 3 maggio 2012 n. 2537 che, accogliendo le sollecitazioni in tal senso della dottrina, ha superato la pregressa sovrapposizione tra le due distinzioni (concessione/appalto; servizi pubblici/servizi strumentali). Infatti, *"il servizio pubblico locale di rilevanza economica è configurabile anche quando l'amministrazione, invece della concessione, pone in essere un contratto di appalto. Il servizio pubblico locale di rilevanza economica è configurabile non solo quando l'amministrazione adotti un atto di concessione, ma anche nel caso in cui, pone in essere un contratto di appalto, (rapporto bilaterale, versamento di un importo da parte dell'amministrazione) sempre che l'attività sia rivolta direttamente all'utenza – e non all'ente appaltante in funzione strumentale all'amministrazione – e l'utenza sia chiamata a pagare un compenso, o tariffa, per la fruizione del servizio"*. Questa situazione, peraltro, si può verificare quando le amministrazioni, per scelta politica, decidono di fiscalizzare interamente il costo del servizio pubblico locale, garantendo l'accesso allo stesso all'utenza a prescindere dalle capacità censuarie e remunerative dei cittadini, specie quando il servizio ricade su beni pubblici di cui l'utenza fruisce in modo diretto, perché ad uso generale. In questi casi, l'organismo di diritto pubblico ben potrà stipulare con il relativo gestore un contratto di appalto e non di concessione (in questo senso cfr. anche, con trattazione indiretta della questione, Cons. Stato, Sez. V, sentenza 13 dicembre 2006 n. 7369 e TAR Campania Napoli Sez. I, sentenza 24 aprile 2008, n. 2533; TAR. Lombardia, Brescia Sez. II, sentenza 27 maggio 2010, n. 2164; Cons. Stato Sez. V, sentenza 22 marzo 2010, n. 1651 con specifico riferimento all'art. 13 del "decreto Bersani"), senza che muti la natura del servizio (da "pubblico" a "strumentale").

In sintesi, quindi, il ricorso al contratto di appalto (a un'operazione contrattuale, quindi, priva del rischio di impresa dal punto di vista del privato) risulta ben esperibile non solo laddove l'attività sia "strumentale", vale a dire diretta essenzialmente a soddisfare interessi dell'ente-apparato, ma anche per i servizi pubblici locali, indirizzati alla collettività territoriale.

Ne deriva la configurabilità, in astratto, di una vera e propria gestione diretta del servizio pubblico locale di farmacia, sia pure avvalendosi dell'opera di terzo appaltatore, e la conseguente legittimità dell'opzione gestionale agognata, in quanto non verrebbe a realizzarsi quella scissione tra titolarità e gestione, come detto preclusa dal dato normativo, tipica della concessione.

E' però necessario, ai fini del rispetto del quadro normativo (che come detto non consente una scissione tra titolarità e gestione) che il terzo appaltatore non risulti investito del rischio di impresa, ma sia sostanzialmente remunerato per le prestazioni rese all'amministrazione, la quale eserciterà in proprio l'attività apotecaria.

Invece, con riferimento alle modalità prospettate, pur nell'impossibilità di valutare un'operazione contrattuale ancora *in fieri*, pare alla Sezione che l'intendimento dell'Amministrazione si ponga in netto contrasto con le riportate indicazioni.

In estrema sintesi, pur non ostando alla modalità gestionale descritta nessuna specifica previsione normativa, nel caso di specie viene a realizzarsi un'inammissibile promiscuità tra il modello della concessione e quello dell'appalto, in quanto il privato compartecipa finirebbe per vedersi attribuiti oneri e diritti propri ora dell'uno, ora dell'altro modello, risultando quindi, sia pure in parte, investito della citata titolarità.

Sotto altro aspetto, è il caso di evidenziare come il processo gestionale descritto rischia di essere attratto sotto il divieto di cui all'art. 3 della l. 23 ottobre 1960, n. 1369, che preclude la mera intermediazione di manodopera, anche alla luce delle modalità applicative e delle sanzioni introdotte dal d.lgs 10 settembre 2003 n. 276. Si ricadrebbe, in particolare, nella fattispecie interdetta laddove, secondo la giurisprudenza prevalente (SSUU 21 marzo 1997, n. 2517; Cass. 5 ottobre 2002, n. 14302; Cass. 22 agosto 2003, n. 12363; Cass. 27 luglio 2009, n. 17444; Cass. 1 aprile 2000, n. 3977; Cass. 19 luglio 2007, n. 16016; Cass. 17 febbraio 2010, n. 3681) l'appalto (c.d. endoaziendale, vale a dire relativo all'intero processo produttivo del committente) abbia in realtà ad oggetto la mera gestione dei rapporti lavoristici.

Il riscontro negativo al quesito *sub i)* determina, per contro, la netta predilezione normativa per la seconda modalità gestionale (l'azienda speciale). Occorre al riguardo sottolineare come il modello dell'azienda speciale, oltre a non essere interdetto dall'art. 14, comma 32 citato (trattasi infatti di norma relativa alle "società", non applicabile analogicamente in quanto eccezionale rispetto alla capacità negoziale degli enti) risulta, alla luce di quanto esposto, positivamente normato tra chi schemi organizzativi del servizio in esame.

E' necessario, comunque, precisare che tale opzione risulta solo parzialmente possibile alla luce del disposto dell'art. 9, comma 6, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, nella l. 7 agosto 2012, n. 135, secondo cui *"E' fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie, e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'art. 118, della Costituzione"*, come reinterpreto dalla recente sentenza della Corte costituzionale 24 luglio 2013, n. 236.

Infatti, la Consulta, nella sentenza n. 236/2013 (punto 8.1. *in diritto*) afferma che *"la disposizione in esame deve essere interpretata nel senso che il divieto di istituire nuovi enti strumentali opera solo nei limiti della necessaria riduzione del 20 per cento dei costi relativi al loro funzionamento. Vale a dire che, se, complessivamente, le spese per «enti, agenzie e organismi comunque denominati» di cui ai commi 1 e 6 del citato art. 9, resta al di sotto dell'80 per cento dei precedenti oneri finanziari, non opera il divieto di cui al comma 6"*.

Pertanto, in estrema sintesi e per concludere, il comune di Castelverde potrà, tra le alternative illustrate, provvedere alla gestione del servizio farmaceutico solo a mezzo di azienda speciale; ciò, peraltro, nella misura in cui lo stesso ente risulti adempiente agli obblighi di razionalizzazione della spesa e di riduzione dei costi relativi agli enti strumentali degli enti locali nella misura almeno del 20 per cento, anche mediante la soppressione o l'accorpamento dei medesimi.

P.Q.M.

Nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

L'Estensore
(dott. Andrea Luberti)

Il Presidente
(dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria
il 22 ottobre 2013
Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)