



Deliberazione n. 38/2013/PAR

CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LE MARCHE

nell'adunanza del 16 aprile 2013

composta dai magistrati:

Cons. Fabio Gaetano GALEFFI – Presidente f.f. – relatore

Cons. Andrea LIBERATI – Componente

Primo Ref. Pasquale PRINCIPATO – Componente

PARERE

COMUNE DI CASTELFIDARDO

VISTO l'art. 100, secondo comma, della Costituzione;

VISTO il Testo Unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D.

12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti;

VISTO il Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, con il quale è stata istituita in ogni Regione a statuto ordinario una Sezione regionale di controllo, deliberato dalle Sezioni Riunite in data 16 giugno 2000 e successive modificazioni;

VISTA la legge 5 giugno 2003, n. 131 recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, ed in particolare l'art. 7, comma 8;

VISTO l'atto di indirizzo della Sezione delle Autonomie approvato nell'adunanza del 27 aprile 2004 avente ad oggetto gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva, come integrato dalla

deliberazione n. 9/SEZAUT/2009/INPR in data 3 luglio 2009 della Sezione delle Autonomie;

VISTA la richiesta di parere da parte del Sindaco di Castelfidardo prot. 3698 del 19 marzo 2013, acquisita a prot. 1136 il 21 successivo;

VISTO l'atto n. 30679309 del 15 aprile 2013, con cui è stata convocata la Sezione per la data odierna;

UDITO il relatore dott. Fabio Gaetano Galeffi

FATTO

Il Sindaco del Comune di Castelfidardo (prov. di Ancona) ha formulato una richiesta di parere inerente l'interpretazione delle recenti normative sulle partecipazioni societarie degli enti locali per la gestione delle farmacie comunali.

Con la predetta richiesta, l'Amministrazione richiedente ha riferito e precisato:

- che l'ente (avente una popolazione di circa 20.000 abitanti) detiene il 51% di una s.r.l., alla quale è stato affidato in house il servizio di farmacia comunale, essendo l'Azienda Sanitaria Unica Regionale titolare del restante 49%;

- che la predetta s.r.l. svolge unicamente il servizio di farmacia, e ha registrato perdite negli esercizi 2010, 2011 e chiuderà in perdita anche l'esercizio 2012;

- che l'ente detiene il 100% di altra s.r.l. che è affidataria in house di un altro servizio farmaceutico, insieme ad altri servizi pubblici locali;

- che l'ente intende acquistare il 49% delle quote dell'Asur, per poi procedere alla fusione per incorporazione della prima società nella

seconda società, la quale non ha mai conseguito perdite di esercizio;

- che la prima società verrebbe pertanto assoggettata ad incorporazione nella seconda, con affidamento di due servizi di farmacia, con evidenti vantaggi per la semplificazione gestionale e per le economie di spesa;

- che l'ente, per procedere, è tenuto a svolgere le proprie valutazioni in materia, tenendo conto

- che l'art. 3, comma 27, della legge 244/2007, dispone che le amministrazioni non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società;

- che l'art. 14, comma 32, del d.l. 78/2010 dispone quanto segue: Fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2012 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. 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:

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

b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale

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.

Conclusivamente l'Amministrazione chiede:

1) quali siano le opzioni normative e contabili a disposizione dell'amministrazione, in relazione all'accertata perdita di bilancio triennale della s.r.l. esercenti esclusivamente attività di farmacia;

2) di conoscere se l'operazione di fusione per incorporazione possa ritenersi consentita, ed in caso affermativo attraverso quali fasi/passaggi giuridico-legali;

3) di conoscere se sia possibile acquistare il 49% della partecipazione detenuta da altro ente e conseguentemente estinguere la prima società, a seguito di incorporazione nella seconda, e affidare il servizio di farmacia svolto dalla prima società alla seconda società incorporante, che presenta i requisiti per continuare a operare.

* * *

La richiesta di parere è stata trasmessa con lettera a firma del Sindaco e, pertanto, risulta ammissibile sotto il profilo soggettivo.

Sotto il profilo oggettivo il quesito appare in parte ammissibile e in parte inammissibile, nei termini di cui appresso.

DIRITTO

La Sezione è chiamata a esprimere un parere in ordine ad un articolato quesito attinente alla gestione di organismi partecipati, con particolare riferimento al settore delle farmacie comunali.

Giova ricordare preliminarmente che, nel corso degli ultimi anni la legislazione di settore ha disposto una serie di limiti e condizioni dirette a rendere razionale l'utilizzo dello strumento societario da parte delle Amministrazioni pubbliche (cfr. Sez. Lombardia 113/2012),

In relazione all'ambito oggettivo delle attività attribuibili agli organismi partecipati, l'art. 13, comma 2, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, ha disposto che le società a capitale pubblico, o misto, finalizzate alla produzione di beni e servizi strumentali all'attività degli enti locali, siano a oggetto sociale esclusivo, e non possano svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati.

La costituzione ex novo di società è stata regolata dall'art. 3, comma 7, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, ove si dispone che "non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza" (cfr. Sez. Piemonte 92/2010; Sez. Lombardia 861/2010).

Infine, con riferimento alla dismissione delle società già costituite, l'art. 14, comma 32 del d.l. n. 78/2010, ha dato luogo ad una situazione in cui: 1) i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non erano

abilitati a costituire società; 2) entro il 31 dicembre 2012 detti comuni avrebbero dovuto disporre la liquidazione delle società già costituite alla data di entrata in vigore del decreto, ovvero cederne le partecipazioni, a meno che le società già costituite: a) avessero, al 31 dicembre 2012, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non avessero subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non avessero subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune fosse stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime (Sez. Lombardia 113/2012, 602/2011, 603/2011 e 673/2011).

Successivamente, l'art. 29, comma 11 bis del d.l. 216/2011 come convertito ha disposto che: "I termini temporali e le disposizioni di cui ai commi da 1 a 16, 22, 24, 25 e 27 dell'articolo 16 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, sono prorogati di nove mesi".

Pertanto, essendo le società richiamate dal Comune richiedente già costituite alla data di entrata in vigore del predetto art. 14, comma 32, il mantenimento dopo il 30 settembre 2013 delle partecipazioni potrà essere consentito all'amministrazione comunale al contemporaneo verificarsi delle predette condizioni.

La ricapitalizzazione dell'ente societario è soggetta all'applicazione dell'art. 6, comma 19 del d.l. 78/10, ove si limita il sostegno finanziario pubblico a entità non in grado di far fronte alle proprie obbligazioni, evitando un'erogazione sostanzialmente a fondo perduto (cfr. Lombardia, 753/2010, 1081/2010, 207/2011, 19/2012; Piemonte 61/2010). Il

predetto art. 6, comma 9, vieta alle amministrazioni pubbliche di disporre aumenti di capitale, trasferimenti straordinari e aperture di credito, ovvero di 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. La norma consente di derogare al divieto nelle sole ipotesi tassativamente previste: a) dei trasferimenti effettuati in ragione di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse, ovvero alla realizzazione di investimenti; b) di operazioni rese necessarie da eventi eccezionali ("al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità"), che devono essere autorizzate attraverso una speciale procedura ("su richiesta dell'amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con gli altri ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei Conti"); c) della ricapitalizzazione della società a seguito della riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale ai sensi dell'art. 2447 c.c. (in relazione alla portata applicativa di tale ultima deroga cfr deliberazione del 23 gennaio 2012, n. 19).

Nel caso sottoposto all'esame di questa Sezione, afferente al servizio farmaceutico, si osserva che la gestione di una farmacia comunale costituisce modalità di assunzione di un servizio locale di rilevanza economica, che è stato sottratto espressamente dall'applicazione della

disciplina di liberalizzazione in materia di servizi a rilevanza economica dapprima per effetto dell'art. 23-bis, comma 1, del decreto legge n. 112 del 25 giugno 2008 nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del d.l. 25 settembre 2009 n. 135, convertito dalla legge 20 novembre 2009 n. 166, e successivamente per effetto dell'art. 4, comma 34, del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011 n. 148.

Sulla base dei moduli gestionali delle farmacie comunali, come prefigurati dall'art. 9 della legge 2 aprile 1968 n. 475, come modificato dall'art. 10 della legge 8 novembre 1991 n. 362, le farmacie di cui sono titolari i comuni possono essere gestite, ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142, nelle seguenti forme: a) in economia; b) a mezzo di azienda speciale; c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle 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. All'atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti.

Nel caso di esercizio della farmacia attraverso società per azioni o attraverso azienda speciale, va richiamato l'art. 114 del tuel, nel testo modificato dall'art. 25, comma 2, del d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012, convertito con modificazioni in legge n. 27 del 24 marzo 2012, in base al quale sono escluse dall'applicazione del patto di stabilità le aziende speciali e istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, culturali e farmacie.

In conclusione, la Sezione è dell'avviso che il Comune è legittimato,

nel rispetto delle disposizioni concernenti l'attività prestata, al mantenimento delle partecipazioni societarie sino al 30 settembre 2013; successivamente occorrerà il rispetto dei seguenti limiti legislativi: il Comune non è legittimato ad apportare forme di sostegno finanziario; qualora si disponga la liquidazione della società, potranno essere internalizzate dal comune le risorse umane a suo tempo trasferite dal comune istante alla società partecipata, nel rispetto complessivo della conseguente riduzione dell'organico del comune e delle ulteriori limitazioni finanziarie alle assunzioni.

Posto quindi che la gestione di una farmacia comunale costituisce modalità di assunzione di un servizio locale, tendenzialmente di rilevanza economica, che per espressa scelta legislativa (art. 23-bis, comma 1, del decreto legge n. 112 del 25 giugno 2008 nel testo modificato dall'art. 15, comma 1, del d.l. 25 settembre 2009 n. 135, convertito dalla legge 20 novembre 2009 n. 166, e art. 4, comma 34, del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011 n. 148) è stata sottratta all'applicazione della disciplina di liberalizzazione in materia di servizi pubblici locali (cfr. Lombardia 113/2012 e 278/2012), pur tuttavia la scelta di esclusione operata dal legislatore non elide la natura di servizio pubblico locale in termini di qualificazione giuridica del servizio di gestione della farmacia comunale, che si contraddistingue per i suoi elementi di specialità normativa, considerata la stretta connessione con il diritto alla salute dei cittadini (art. 32 Cost.).

Nei termini sopra esposti, pertanto, ritiene la Sezione che l'esercizio dell'attività di gestione di una farmacia da parte del Comune non ricada

nell'obbligo di dismissione delle partecipazioni societarie previsto dall'art. 14, comma 32, del d.l. 78/2010.

Al riguardo, questa Sezione ritiene di poter aderire all'indirizzo già assunto dalla Corte (cfr. Sez. Lombardia 195/2009, 196/2009 e 532/2012,) che tende in via generale ad affermare la natura di servizio pubblico locale, a tendenziale rilevanza economica, dell'esercizio farmaceutico comunale.

La predetta qualificazione è richiamata nella sentenza della Corte Costituzionale 10 ottobre 2006, n.87, secondo cui "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 farmaceutico comunale si può riscontrare inoltre nelle disposizioni di carattere formale e sostanziale, contenute nella legge 2 aprile 1968 n. 475 come condizioni e requisiti per l'esercizio dell'attività.

Va ricordato inoltre che il referendum abrogativo del citato art. 23-bis del d.l. 112/2008 ha solo in parte inciso sulla questione della disciplina applicabile ai settori "esclusi" (cfr. d.P.R. 19 luglio 2011 n. 133).

Infatti il successivo 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", ha escluso dal proprio ambito di operatività alcuni servizi, tra cui la gestione delle farmacie comunali.

In via interpretativa, pertanto, il tipo di "isolamento" normativo che si è voluto assegnare alla gestione delle farmacie comunali, ha reso la legge 475 del 1968 (c.d. legge "Mariotti") una fonte normativa su cui basarsi per individuare le modalità di gestione (cfr. Lombardia 532/2012)

La legge non contempla espressamente la gestione della farmacia comunale mediante società di capitali a partecipazione pubblica; tuttavia, come già evidenziato negli orientamenti della Corte (Lombardia 489/2011 e 532/2012), la società di capitali unipersonale è stata introdotta nell'ordinamento statale, in base alla Direttiva 89/667/CEE del 21 dicembre 1989, recepita con d.lgs. n. 88 del 3 marzo 1993, cui è seguita, con la riforma del diritto societario, la società unipersonale per azioni prevista dal d.lgs. n. 6/2003.

Sulla base di tale indirizzo interpretativo, da cui questa Sezione non ha motivo di discostarsi, la previsione di un nuovo schema societario, non rientrante nel novero delle modalità di resa del servizio elencate nella legge 475/1968, appare come fonte di ampliamento degli strumenti giuridici utilizzabili 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 avere carattere tassativo.

In termini si è espressa anche la Sez. Lombardia (parere 70/2011), secondo cui, in tema di modalità di gestione delle farmacie municipalizzate, "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 con deliberazione n.3/PAR/2008. La scelta tra le varie forme di gestione è deferita a determinazioni discrezionali dell'ente, peraltro da motivare adeguatamente." (Lombardia 426/2010 e 196/2009).

Ciò premesso, con riferimento ai tre quesiti posti dall'Amministrazione richiedente, che attengono a:

1) opzioni normative e contabili, in relazione all'accertata perdita di bilancio triennale della s.r.l. esercenti esclusivamente attività di farmacia;

2) requisiti dell'operazione di fusione per incorporazione;

3) acquisto del 49% della partecipazione detenuta da altro ente e conseguentemente estinguere la prima società, a seguito di incorporazione nella seconda, e conseguente affidamento del servizio di farmacia svolto dalla prima società alla seconda società incorporante, che presenta i requisiti per continuare a operare;

si osserva che, quanto al quesito di cui al punto 1, la risposta va ricercata nel divieto espresso di ricapitalizzazione introdotto dall'art. 6 comma 19 del D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito in legge 30 luglio 2010 n. 122, che ha vietato aumenti di capitale e trasferimenti straordinari nei riguardi di società non quotate che abbiano registrato, per tre volte consecutive, perdite di esercizio; viene fatta salva l'ipotesi contemplata dall'art. 2447 c.c. (peraltro riferita alle società per azioni), ovvero sia la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale. Nei

termini esposti, pertanto, l'ente, non potendo procedere alla ricapitalizzazione, si troverebbe nella condizione di dar luogo alla liquidazione della società.

Quanto ai punti 2 e 3, ritiene questa Sezione che le questioni prospettate si inseriscono nell'area delle scelte discrezionali dell'ente, rispetto alle quali non è possibile da parte di questa Sezione procedere all'esercizio della funzione consultiva, senza trascendere in una non consentita attività di assistenza consulenziale; le questioni stesse presentano i caratteri della specificità e non osservano i caratteri della generalità e astrattezza che consentono l'esercizio dell'attività consultiva attribuita alle Sezioni regionali della Corte dei conti dall'art. 7, comma 8, della legge 131/2003.

Ritiene pertanto il Collegio di non potersi compiutamente pronunciare sul contenuto delle questioni di cui ai punti 2 e 3, il cui esame, per le modalità con cui è presentata la vicenda e per le valutazioni in fatto che necessariamente la vicenda stessa richiede, comporterebbe l'esercizio di una attività di consulenza, come tale non è esperibile sulla base delle norme attributive del potere consultivo.

L'eventuale parere in materia si andrebbe inoltre a sovrapporre indebitamente alle forme di controllo attribuite alla Corte sul bilancio preventivo e sul rendiconto dell'ente, in violazione o in contrasto con le norme attributive dei relativi poteri.

Nei termini esposti, pertanto, non potendo la Sezione esprimersi su questioni specifiche nell'esercizio dei suoi poteri consultivi, la richiesta di parere si presenta in parte oggettivamente inammissibile (cfr. Sez.

Marche, pareri 166/2012, 3/2013 e 11/2013).

P.Q.M.

nelle predette considerazioni è il parere di questa Sezione.

La presente deliberazione verrà trasmessa, a cura della segreteria, al Sindaco di Castelfidardo e al Presidente del Consiglio delle Autonomie locali delle Marche.

Così deliberato in Ancona, nella Camera di consiglio del 16 aprile 2013.

Il Presidente f.f. - relatore

f.to Fabio Gaetano Galeffi

Depositata in Segreteria in data 24 aprile 2013

Il direttore della Segreteria f.to Carlo Serra