

Al. 9/81
DA ASSEFACM



Deliberazione n. 57/2013/PAR

CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LE MARCHE

nell'adunanza del 7 agosto 2013

composta dai magistrati:

Pres. Sez. Renzo DI LUCA – Presidente

Cons. Fabio Gaetano GALEFFI – Componente – relatore

Cons. Andrea LIBERATI – Componente

Ref. Valeria FRANCHI – Componente

PARERE

COMUNE DI CHIARAVALLE

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 Chiaravalle prot. 13527 del 26 giugno 2013, acquisita a prot. 1908 il 1° luglio 2013;

VISTO il provvedimento prot. 33062932 del 6 agosto 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 Chiaravalle (prov. di Ancona) ha formulato una richiesta di parere inerente l'interpretazione della normativa 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 14.877 abitanti) con deliberazione consiliare n. 38 del 20 giugno 2005 disponeva la costituzione di una società a r.l. unipersonale denominata "Farmacia comunale Chiaravalle s.r.l." per la gestione della farmacia di nuova istituzione assegnata con deliberazione della Giunta provinciale n. 580 del 28 dicembre 2004;

- che l'attività di gestione, all'esito del procedimento di scelta del socio privato, iniziava il 18 giugno 2008;

- che il bilancio 2008 esprimeva una perdita di euro 22.830,00 riportata a nuovo;

- che il bilancio 2009 esponeva una perdita di euro 31.254,65;
- che con deliberazione consiliare n. 36 del 21 maggio 2010 l'ente procedeva alla copertura della perdita rilevata al 31 dicembre 2009 e alla successiva ricapitalizzazione, per una somma di euro 32.472,00 quale quota riferita al Comune;
- che successivamente la società ha presentato utili di gestione;
- che la società è stata costituita allo scopo di perseguire finalità di interesse economico-sociale della comunità locale, la cui strategicità è stata precisata con atto consiliare n. 40 del 15 giugno 2009, ai sensi dell'art. 3, commi 27-28-29, della legge 244/2007;
- che l'art. 3, comma 27, della citata legge 244/2007 dispone che le amministrazioni non possono costituire società aventi per oggetto la finalità di produzione di beni e servizi non strettamente necessari 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, conv. in l. 122/2010, dispone che, 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, tenuto conto dei pareri 38/2013 e 43/2013 della Sezione regionale Marche e dei pareri 570/2011 e 174/2013 della Sezione regionale Lombardia:

1) se la partecipazione ad una società costituita per la gestione della farmacia comunale con le modalità indicate possa considerarsi in deroga alla generale normativa di dismissione delle partecipazioni societarie per i Comuni sotto i 30.000 abitanti;

2) in caso di risposta negativa al punto 1, se sia possibile il mantenimento della partecipazione di maggioranza anche in presenza di una ricapitalizzazione, come descritta, vista la valutazione da parte dell'amministrazione del servizio pubblico di farmacia comunale di preminente interesse sociale

* * *

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 ammissibile, nei termini di cui appresso.

DIRITTO

La Sezione è chiamata a esprimere un parere in ordine alle modalità di gestione delle farmacie comunali, all'interno del più complesso quadro

della gestione di organismi partecipati.

Si precisa preliminarmente che questa Sezione ha già avuto modo, nel corso del corrente anno 2013, di pronunciarsi sulla materia. Come evidenziato anche dall'Amministrazione richiedente, la Sezione ha infatti espresso il proprio avviso in materia con pareri n. 38/2013 e 43/2013, nei quali è stato osservato che, sulla base degli orientamenti assunti dalla Corte dei conti al riguardo, l'esercizio in forma di società di una farmacia da parte di un Comune (anche se inferiore a 30.000 abitanti) non ricade nell'obbligo di dismissione delle partecipazioni societarie; d'altra parte gli orientamenti contenuti nei due pareri richiamati dall'Amministrazione richiedente appaiono rispettivamente riferibili a posizioni pregresse (Lombardia 570/2011) ovvero a particolari fattispecie (Lombardia 174/2013).

Il percorso argomentativo dei pareri di questa Sezione 38/2013 e 43/2013, da cui non si ha motivo di discostarsi in questa sede, si sviluppa attraverso una serie di passaggi, che si possono qui di seguito sunteggiare.

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),

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).

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 convertito dalla l. 14/2012, 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".

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 individuati dall'art. 9 della legge 2 aprile 1968 n. 475 (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.

Posto 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 attribuire 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 Sez. Lombardia, con parere 70/2011, ha avuto infine modo di rilevare, in tema di modalità di gestione delle farmacie municipalizzate, che 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 due quesiti posti dall'Amministrazione richiedente, la Sezione osserva quanto segue:

- quanto al punto 1 (*"se la partecipazione ad una società costituita per la gestione della farmacia comunale possa considerarsi in deroga alla generale normativa di dismissione delle partecipazioni societarie per i Comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti"*) che la risposta è stata in precedenza delineata;

- quanto al punto 2 (*"in caso di risposta negativa al punto 1, se sia possibile - considerando che trattasi di servizio pubblico valutato in senso positivo dal Comune sotto il profilo del preminente interesse sociale - il mantenimento della partecipazione pubblica di maggioranza nella società anche in presenza di una ricapitalizzazione nel decorso triennio"*) che, per la formulazione del quesito, essendo positiva la risposta al quesito 1, viene a cadere la proposizione del quesito stesso.

P.Q.M.

nelle predette considerazioni è il parere di questa Sezione.

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

Così deliberato in Ancona, nella Camera di consiglio del 7 agosto 2013.

Il Presidente

f.to Renzo Di Luca

Il relatore

f.to Fabio Gaetano Galeffi

Depositata in Segreteria in data 7 agosto 2013

Il direttore della Segreteria

f.to Carlo Serra