**Referto sulla “Gestione del servizio esternalizzato di assistenza farmaceutica a mezzo del Consorzio intercomunale per i servizi socio sanitari C.I.S.S.”**

*Relatore ed estensore: Primo referendario Francesco Sucameli*

**IN FATTO**

**1.** **La base normativa, i soggetti e l’oggetto dell’attività di controllo.** Nell’ambito degli ordinari controlli effettuati sui bilanci dei comuni in epigrafe, ai sensi dell’art. 148-bis TUEL, è emersa una gestione associata del servizio di assistenza farmaceutica a mezzo della società mista INCO.FARMA s.p.a. (di seguito INCOFARMA), società partecipata al 75% dal socio privato SOC.I.GE.SS (di seguito SOCIGESS) e per il restante 25% dai comuni suddetti, indirettamente, a mezzo del *Consorzio intercomunale per i servizi sociosanitari* (di seguito CISS).

Il CISS è soggetto di diritto pubblico, ed organo con personalità giuridica che associa i comuni di una vasta area territoriale della Regione Campania (cfr. elenco di cui alla Tabella A).

Oggetto della presente attività controllo è lo svolgimento, da parte da parte dei comuni, di tale servizio, sotto il profilo dell’organizzazione, della modalità di affidamento, nonché dei controlli interni sulla base delle seguenti basi normative:

* l’art. 148-bis TUEL, in virtù del quale le Sezioni regionali della Corte di conti «*esaminano i bilanci preventivi e i rendiconti consuntivi degli enti locali* *[…] per la verifica […] dell'assenza di irregolarità, suscettibili di pregiudicare, anche in prospettiva, gli equilibri economico-finanziari degli enti*» (comma 1), anche a mezzo di partecipazione in società di diritto privato, siano esse dirette o indirette (comma 2);
* il combinato disposto di cui agli artt. 3, comma 4 della L. n. 20/1994 e art. 7, comma 7, della L. n. 131/2003 nonché l’art. 148 TUEL.

In merito a quest’ultimo riferimento normativo si ricorda che «*La Corte dei conti svolge, anche in corso di esercizio, il controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche […] verificando la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione. Accerta, anche in base all'esito di altri controlli, la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell'azione amministrativa*».

La partecipazione dei comuni nel CISS – e per mezzo di questo in INCOFARMA – costituisce lo strumento di gestione di un importante servizio, astrattamente in grado di incidere non solo sugli equilibri di bilancio (art. 148-bis TUEL), ma anche, in generale sull’efficacia, efficienza ed economicità della gestione.

L’indagine, peraltro, prende abbrivio da alcune segnalazioni pervenute a questa Sezione (nota prot. C.C. n. 3439 del giugno 2014, successivamente, ad indagine avviata, cfr. prot. C.C. n. 465 del 5 febbraio 2016) relative a presunte irregolarità nella gestione del servizio di assistenza farmaceutica, esternalizzato a mezzo della catena partecipativa sopra illustrata. Il Magistrato istruttore, ravvisando la sussistenza di “situazioni e provvedimenti che richiedono tempestivi accertamenti e verifiche” (art. 3, comma 12, della L. n. 20/1994) effettuava una prima richiesta istruttoria a vari comuni tra quelli interessati (a valle della quale si segnala la documentazione fornita dal comune di Gricignano di Aversa che, con prot. n. 2986 del 25 maggio 2015, faceva pervenire, tra le altre informazioni, la “Relazione illustrativa sul funzionamento del CISS” del 10 aprile 2015, a firma del Direttore Generale *pro tempore* del Consorzio); successivamente lo stesso Magistrato ne ha investito la Sezione del controllo che ha, di conseguenza, deliberato ed emesso l’ordinanza istruttoria collegiale n. 218 del 12 ottobre 2015.

Infatti, come già evidenziato dalle Sezione riunite (deliberazioni nn. 15/2013/INPR; 14/2014/INPR; 18/2015/IPR), l’articolazione programmatica annuale dei controlli sulla gestione, non preclude di realizzare indagini in contesti di particolare rilievo al fine di analizzare la legalità dinamica e sostanziale delle gestioni, nonché l’efficienza, l’efficacia e l’economicità delle medesime, anche in ragione delle sollecitazioni provenienti dalla realtà e delle dinamiche istituzionali.

Pertanto, in esito all’indagine condotta, il presente referto ha quale oggetto la gestione associata del servizio di assistenza farmaceutica sotto il profilo dell’efficienza, efficacia, economicità della gestione, dei controlli interni e della regolarità dell’affidamento e gestione del servizio erogato a seguito del conseguimento dell’autorizzazione all’apertura delle farmacie (di seguito “licenze”), prelazionate in sede regionale. Il controllo sulla gestione di tale servizio, erogato dai comuni a mezzo della partecipazione indiretta nella società mista INCOFARMA, nello specifico, in termini soggettivi, ha come destinatari diretti esclusivamente i comuni, e indirettamente il CISS, in quanto loro organo, sebbene con autonoma personalità giuridica.

**2. Modalità del contraddittorio.** La documentazione trasmessa, a valle dell’ordinanza istruttoria di questa Sezione n. 218 del 12 ottobre 2015, dai vari Comuni coinvolti, è pervenuta con distinte note ma riporta contenuti pressoché identici; in particolare, ai fini del presente referto, i diversi comuni interessati hanno depositato agli atti della Sezione la relazione degli organi sociali del CISS, prot. n. 2329 del 12 novembre 2015 e la relazione trasmessa dall’Amministratore delegato di INCOFARMA s.p.a. al Comune di Sant’Antonio Abbate con prot. n. 29430 del 12 novembre 2015 ed inviata a questa Sezione con prot. C.d.C. n. 4796 del 13 novembre 2015).

L’analisi è stata quindi condotta tenendo in particolare considerazione le relazioni tecniche degli organismi partecipati di primo e secondo livello, in particolare la documentazione prodotta ai comuni dal CISS. Nell’ultima fase, la Sezione – per il principio di prossimità dell’organismo partecipato con i fatti di gestione interessati dal controllo – ha ritenuto di estendere il contraddittorio, a garanzia del più ampio svolgimento delle argomentazioni, direttamente al CISS, il quale ha presentato proprie memorie autonome ed è intervenuto direttamente in adunanza pubblica.

A seguito della relazione di deferimento del Magistrato istruttore, pertanto, i comuni sono stati unitariamente convocati nell’adunanza pubblica del 28 settembre 2016 con l’ordinanza presidenziale n. 60/2016, insieme al Consorzio CISS, con facoltà di presentare memorie. l CISS è intervenuto in adunanza con i vertici del C.d.A. ed il nuovo Direttore generale.

In sede di deferimento il Magistrato istruttore rimetteva all’esame collegiale l’esame e l’eventuale accertamento delle seguenti criticità:

* irregolarità nella procedura di costituzione di INCOFARMA, per elusione della normativa speciale di settore sulle farmacie, in quanto la stessa non contempla la gestione a mezzo di società mista a prevalente capitale privato;
* irregolarità del sistema di conferimento automatico delle nuove sedi prelazionate presso la partecipata indiretta, INCOFARMA;
* inadeguatezza del sistema di controllo interni, attesa la rottura del necessario vincolo e coincidenza di titolarità e gestione della farmacia richiesta dalla normativa di settore (art. 9 della L. n. 475/1968);
* dubbia adeguatezza dell’*income-return* per lo sfruttamento delle licenze da parte del socio privato.

Hanno presentato memorie il CISS (prot. C.C. n. 4934 del 26 settembre 2016); il Comune di Cesa (prot. C.C. n. 4929 del 26 settembre 2016), il Comune di Sant’Antonio Abbate (prot. C.C. n. 4933 del 26 settembre 2016); il Comune di Calvizzano (memoria prot. C.C. 2432 del 26 settembre 2016).

Il Revisore di Crispano (prot. C.C. n. 4939 del 27 settembre 2016) ha comunicato di avere sollecitato una relazione da parte del Comune che nulla ha fatto pervenire.

Il Comune di Calvizzano, con la cennata memoria, ha comunicato alla Sezione il recesso dal Consorzio in virtù della deliberazione consiliare n. 21 del 2013. Sebbene su tale vicenda penda contenzioso dinanzi il Consiglio di Stato, il Comune ha comunicato di “non risultare più socio” del Consorzio, circostanza che è stata contestata in adunanza dal CISS, il quale ha precisato che il contenzioso, in primo grado, ha visto soccombente il Comune che, per l’effetto, sarebbe ancora membro del Consorzio.

In adunanza pubblica sono intervenuti:

* il comune di Cesa, con il Responsabile dell’Area Contabile;
* il comune di Castelvolturno, con il Sindaco, altresì Presidente di INCOFARMA;
* il comune di Cellole, con Vice Sindaco;
* il comune di Acerra, con l’Assessore alle finanze ed il Funzionario dell’Ufficio Ragioneria;
* il comune di Ottaviano, con il Responsabile del settore Ragioneria;
* il comune di Poggiomarino, con un assessore comunale delegato dal sindaco;
* il CISS con il neo il Direttore Generale del Consorzio;
* l’Amministratore Delegato di INCOFARMA, che ha chiesto di poter essere audito, pur non rappresentando un soggetto sottoposto al procedimento di controllo.

I rappresentanti comunali hanno variamente evidenziato la convenienza dell’adesione al CISS, che li lascia esenti da perdite e l’efficienza, a loro giudizio, dei servizi resi alla cittadinanza da INCOFARMA.

Il Direttore generale del CISS si è rifatto sostanzialmente al contenuto delle memorie evidenziando la conformità della costituzione di INCOFARMA al D.P.R. n. 533/1996, il favorevole contenzioso sinora sviluppatosi, oltre che richiamando gli orientamenti giurisprudenziali favorevoli in materia.

Il rappresentante di INCOFARMA ha evidenziato che la resa dei servizi gratuiti, il costo del personale, il continuo *start-up* delle nuove farmacie comprimono il reddito annuale delle farmacie comunali e della società, che non può pertanto essere comparato a quello delle farmacie private.

**3.** **Natura, scopo e partecipanti** **al CISS quale organo dei comuni controllati**. Il *Consorzio intercomunale per i servizi sociosanitari* è un consorzio di diritto pubblico ex art. 31 TUEL, costituito nel 2004 su iniziativa del comune di Caivano (Na) e con la partecipazione di numerosi comuni delle province di Napoli, Caserta ed Avellino (cfr. allegato n° 1 “atto costitutivo e statuto C.I.SS.” recato dal Comune di Gricignano d’Aversa, con la prefata relazione illustrativa sul funzionamento del CISS).

Inizialmente conglomerante 9 comuni, il CISS ha visto, nel tempo, altre 15 adesioni, raggiungendo il totale di 24 consorziati.

L’art. 1 dello Statuto del CISS prevede infatti che «*Al Consorzio possono aderire, su loro espressa richiesta, altri Comuni senza limiti numerici e senza limitazioni territoriali; l'adesione deve essere approvata dall’Assemblea Consortile*».

Lo scopo del CISS è permettere una gestione integrata del servizio di farmacia comunale, raggiungendo economie di scala e, conseguentemente, un significativo risparmio di spesa e d’investimento per l’apertura di sedi farmaceutiche prelazionate dai comuni (cfr. allegato n° 2 “delibera del consiglio comunale di adesione al C.I.S.S.” recato dal Comune di Gricignano d’Aversa, con la relazione del CISS).

Scopo del CISS, infatti, ai sensi dell’art. 3 dello Statuto, è quello di organizzare ed espletare « […] *qualsivoglia servizio sociosanitario che abbia caratteri di pubblica utilità e che rientra negli scopi, nelle finalità e nelle competenze propri degli enti locali* […]» tra i quali, in particolare, quello di gestione delle farmacie di cui i comuni aderenti abbiano acquisito la titolarità attraverso l’esercizio del diritto di prelazione ai sensi dell’art. 9 della Legge n. 475/1968.

Lo stesso art. 3 prevedeva *ab origine* che «*Il Consorzio, previa deliberazione del!' Assemblea dei Consorziati a maggioranza assoluta, in luogo di una gestione imprenditoriale in via diretta, autonoma ed esclusiva, potrà costituire e/o partecipare ad altri consorzi e/o società di capitale pubblico o miste (a prevalente capitale pubblico o privato) cui affidare l'espletamento di tutte o parte le attività rientranti nello scopo del Consorzio stesso, ovvero attività afferenti, strumentali o di supporto a quelle previste nel suo scopo.*

*L'adesione di un Comune al Consorzio, se richiesta ed accettata dopo che il Consorzio abbia già affidato a detti altri consorzi e/o a dette società pubbliche, miste e/o private l'espletamento di tutte o parte delle attività rientranti nel suo scopo sociale comporta per il Comune nuovo consorziato l'automatico trasferimento all'indicato consorzio e/o alla medesima società degli stessi servizi già affidati a loro dal consorzio, per quanto di sua competenza*».

Segnatamente, i Comuni che parteciparono alla sua costituzione furono in origine 9, oltre al comune promotore – Caivano (Na) – , Castelvolturno (Ce), Cercola (Na), Gricignano di Aversa (Ce), Palma Campania (Na), Poggiomarino (Na), Roccabascerana (Av), Sant’Arpino (Ce), Terzigno (Na).

Successivamente, in maniera graduale, hanno aderito al richiamato consorzio altri enti locali per un totale di 24 aderenti, tra cui Somma Vesuviana (Na), Sant’Antonio Abate (Na), Villaricca (Na), Acerra (Na), San Nicola La Strada (Ce), Ottaviano (Na), Cesa (Ce), Calvizzano (Na), Saviano (Na), Recale (Ce), Cellole (Ce), Lusciano (Ce), Casandrino (Na), Crispano (Na) ed Afragola (Na) (cfr. allegato n° 2 “delibere del consiglio comunale di adesione al C.I.SS.”).

Tabella A

**ELENCO COMUNI CONSORZIATI C.I.SS. AL 31/12/2014.**

**Fonte Comune di Gricignano d’Aversa (allegato n. 2 alla relazione del CISS)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **N.** | **COMUNI CONSORZIATI** | **ATTO DI ADESIONE** |
| 1 | CAIVANO (NA) fondatore | *Delibera di Consiglio Comunale n. 69 del 24.11.2003*  |
| 2 | CASTELVOLTURNO (CE) fondatore | *Delibera di Consiglio Comunale n. 50 del 15.09.2003* |
| 3 | CERCOLA (NA) fondatore | *Delibera di Consiglio Comunale n. 58 del 01.12.2003* |
| 4 | GRICIGNANO D’AVERSA (CE) fondatore | *Delibera di Consiglio Comunale n. 26 del 07.10.2003* |
| 5 | PALMA CAMPANIA (NA) fondatore | *Delibera di Consiglio Comunale n. 38 del 30.10.2003* |
| 6 | POGGIOMARINO (NA) fondatore | *Delibera di Consiglio Comunale n. 68 del 27.10.2003* |
| 7 | ROCCABASCERANA (AV) fondatore | *Delibere di Consiglio Comunale n. 12 del 08.04.2003 e n. 19 del 03.07.2003* |
| 8 | SANT’ARPINO (CE) fondatore | *Delibera di Consiglio Comunale n. 58 del 28.11.2003* |
| 9 | TERZIGNO (NA) fondatore | *Delibera di Consiglio Comunale n. 32 del 30.10.2003* |
| 10 | SOMMA VESUVIANA (NA) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 54 del 27.09.2005* |
| 11 | SANT’ANTONIO ABATE (NA) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 53 del 28.06.2006* |
| 12 | VILLARICCA (NA) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 17 del 20.03.2006* |
| 13 | ACERRA (NA) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 9 del 28.02.2007* |
| 14 | SAN NICOLA LA STRADA (CE) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 49 del 28.11.06* |
| 15 | OTTAVIANO (NA) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 22 del 20.05.2008* |
| 16 | CESA (CE) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 30 del 28.06.2010* |
| 17 | CALVIZZANO (NA) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 35 DEL 16-11-2010* |
| 18 | SAVIANO (NA) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 24 del 10.06.2014* |
| 19 | RECALE (CE) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 17 del 03.06.2014* |
| 20 | CELLOLE (CE) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 5 del 09.05.2014* |
| 21 | LUSCIANO (CE) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 40 del 07.07.2014* |
| 22 | CASANDRINO (NA) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 32 del 08/07/2014* |
| 23 | AFRAGOLA (NA) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 64 del18/12/2014* |
| 24 | CRISPANO (NA) | *Delibera di Consiglio Comunale n. 31 del28/10/2014* |

**4. L’attività sociale del CISS** **e l’andamento finanziario. Rapporti con i comuni consorziati**. Il Consorzio non svolge direttamente l’attività farmaceutica, in quanto si è avvalso, fin dalla sua costituzione, della facoltà statutaria di esternalizzare la gestione delle licenze prelazionate a un terzo, segnatamente ad una società mista, *ad hoc* istituita (cfr. *infra*).

La *mission* effettiva del Consorzio non consiste nell’erogazione diretta di alcun servizio sanitario accessorio a quello farmaceutico, ma soltanto nella funzione di concentrare le varie licenze di cui i comuni si rendano titolari attraverso l’esercizio della prelazione, conferendole automaticamente, in gestione, alla società mista INCOFARMA.

E del resto, come chiarito e confermato in sede di contradditorio finale col CISS, l’attività del consorzio «*non può che essere finalizzata alla assegnazione della gestione della farmacia comunale alla società mista*: *ed invero, a ben riflettere, il CISS esiste solo per erogare questo servizio pubblico e a tal fine ha costituito una società mista. Per cui l'adesione al CISS non può che avere questa finalità*» (memorie il CISS, prot. C.C. n. 4934 del 26 settembre 2016)».

Per altro verso, il CISS costituisce una sorta di camera di compensazione, in termini finanziari, tra i comuni consorziati e conferenti le licenze e il socio privato, il quale, sulla base del sistema di corrispettivi elaborati con la convenzione di servizio e gli altri atti collegati (cfr. *infra*), fornisce ai comuni un ritorno finanziario (*income-return*) a titolo di corrispettivo per l’esternalizzazione della licenza.

Il CISS, infatti, finanzia progetti elaborati dai comuni aderenti (i quali per l’adesione al Consorzio pagano una *fee* di entrata di € 1.000,00) che vengono annualmente preventivamente presentati e approvati sulla base di un bando, ovvero acquista sul mercato i servizi, erogati da terzi, che sono direttamente incaricati di svolgere delle attività in favore delle popolazioni dei territori interessati.

Quanto ai “progetti” (di norma sono ammessi solo i comuni presso cui è stata già attiva una sede farmaceutica prelazionata e conferita), i consorziati la cui proposta è approvata possono ricevere un finanziamento da € 4.000,00 ad € 8.000,00 a seconda dell’annualità:

* nell’annualità 2011/21012, sono stati ammessi 12 Comuni. L’erogazione finale è quindi stata di € 96.000,00;
* nell’annualità 2013/2014 sono stati ammessi 16 comuni (i Comuni di Cesa, Ottaviano, Calvizzano e Caivano, pur non titolari di farmacie aperte, sono stati invitati a presentare richiesta di contributo per un solo progetto e per un importo massimo di € 4.000,00, cfr. All. 34.5 e All. 36.1), per un totale di € 119.979,00;
* per le annualità 2015/2016 sono state stanziate somme per ogni Comune consorziato con farmacia per un importo massimo € 6.000,00 essendo 15 i Comuni con farmacia alla data del 23/12/2014 (*ergo* € 90.000,00).

In altre occasioni, il Consorzio esternalizza la resa diretta di servizi socio-sanitari, come nel caso dell’appalto affidato alla cooperativa sociale “Consorzio confini” (nell’abito di un’azione di sensibilizzazione ed informazione sanitaria rivolta ai cittadini dei Comuni consorziati, cfr. Allegato n° 27), per un totale di € 84.500,00 nel 2012.

In buona sostanza, i comuni consorziati “percepiscono” una remunerazione netta per il conferimento delle loro licenze o in “natura” (in termini di maggiori servizi esternalizzati a soggetti individuati dal CISS) ovvero in termini di *feed-back* finanziario per la gestione esternalizzata delle farmacie (sotto condizione della destinazione di tali somme a servizi sanitari accessori), senza tema di subire alcun costo ulteriore rispetto al conferimento *una tantum* di € 1.000,00 per l’adesione al CISS né alcuna perdita per la gestione delle farmacie, in quanto il rischio d’impresa è stato esternalizzato al socio privato e alla società mista (che si accolla i costi di avviamento per le nuove farmacie e, in base alle pattuizioni dei contratti di servizio, manleva il Consorzio dalle eventuali perdite, garantendo allo stesso la copertura dei costi amministrativi cfr. *infra* § 7). In buona sostanza, il rischio di impresa, per il CISS e i correlati consorziati, si limita al capitale conferito quale socio fondatore, senza il rischio di perdite correnti, in quanto viene assicurato al Consorzio un determinato *cash flow*.

In termini di costi “organizzativi” si osserva quanto segue.

Tabella B.Fonte. Relazione del Direttore generale/Presidente Cda del CISS

|  |  |
| --- | --- |
|   | Importi in € /annui |
| **CISS** | **2005** | **2006** | **2007** | **2008** | **2009** | **2010** | **2011** | **2012** | **2013** | **2014** |
| **Utile netto** | 130.000 | -47.764 | 24.992 | 102.218 | 77.247 | 45.397 | 47.617 | 8.264 | 32.253 | 703 |
| **Utile lordo** | 139.379 | -47.764 | 40.843 | 154.479 | 110.636 | 45.397 | 72.524 | 15.820 | 32.253 | 703 |
| **Ricavi\*** | 171.080 | 5.100 | 116.667 | 233.337 | 258.173 | 233.334 | 174.657 | 220.184 | 75.846 | 67.350 |
| **costi**  | 31.149 | 10.699 | 75.045 | 78.857 | 147.539 | 187.936 | 193.906 | 61.428 | 121.344 | 149.110 |
| *da progetti\*\** | 0 | 0 | 0 | 0 | 44.380 | 81.250 | 96.000 | 0 | 120.000 | 90.000 |
| *Da personale\*\*\** | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 32.608 | 42.692 |
| *funzionamento organi sociali* | 0 | 0 | 51.500 | 68.358 | 49.494 | 59.946 | 75.697 | 34.944 | 35.564 | 26.898 |
| *altri costi* | 31.149 | 10.699 | 23.545 | 11.499 | 53.665 | 46.740 | 50.501 | 26.484 | 53.172 | 79.520 |
| **MOL** | 139.931 | -4.742 | 41.528 | 155.165 | 111.831 | 46.114 | -18.755 | 159.001 | -44.839 | -80.816 |
| **ROGC** | 139.331 | -5.599 | 40.843 | 154.634 | 110.634 | 45.398 | -19.245 | 158.756 | -45.498 | -81.760 |

* **Nella tabella i ricavi sono al netto dell’iva e degli utili, normalmente si trovano nella Sezione C5 “proventi da partecipazioni” del C/E del CISS. Sono stati invece inclusi tra i ricavi della tabella M per garantire un’efficace rappresentazione e riclassificazione. Esempio 2014: Ricavi= € 127.967 al netto dell'iva (canoni da contratto di servizio) - € 68.090 al netto dell'iva (nota di credito effettuata a Socigess S.p.A. per utile di bilancio INCOFARMA S.p.A. esercizio 2013 distribuito nell'anno 2014) = 59.877 € + € 7.473 (ricavi da sopravvenienze attive d i esercizio) = Totale Valore della Produzione = 67.350 €. L'utile distribuito nell'anno 2014 da INCOFARMA S.p.A. relativo all'esercizio 2013 è presente nel bilancio C ISS . 2014 nella sezione "C l5 proventi da partecipazioni" del conto economico ed è pari ad € 83.070 che chiaramente non rientra nella voce dei ricavi.**

**\*\* i costi per progetti di € 120.000 ed € 90.000 rispettivamente per l'anno 2013 e 2014 riportati nella "tabella m" sono stati indicati allo scopo di fornire la giusta rappresentazione dei dati ma i suddetti importi sono stati imputati in bilancio al conto "riserve utili non distribuiti negli anni precedenti" e non a costo di esercizio**

**\*\*\*Numero di dipendenti:**

**- dal 2005 al 19/06/2013 = 0**

**- dal 2006 =1**

I costi di autoamministrazione del CISS (calcolati per difetto, considerato che se si prendono in considerazione solo i costi di personale e organi sociali) assorbono, dal 2012, tra il 46% e il 56% delle entrate.

A tale riguardo, come già rilevato, si evidenzia che il CISS – come ha dimostrato l’indagine, anche nella fase ultima del contraddittorio pubblico – è un organismo di mera intermediazione per la concentrazione delle licenze farmaceutiche e per la gestione dei diritti amministrativi ed economici in INCOFARMA, che costituisce la vera scelta in termini di modulo organizzativo e gestionale delle farmacie prelazionate dai comuni e di gestione del servizio farmaceutico.

Del resto, come evidenziato dalla magistratura amministrativa, in sede contenziosa, è la scelta di adesione al CISS che implica *ex se* il modulo organizzativo “gestione con società mista”, senza soluzione di continuità (cfr. *infra* § 6).

Si aggiunga che è la stessa INCOFARMA ad erogare servizi gratuiti, nell’ottica del servizio pubblico di assistenza farmaceutica, mentre il CISS concorre a completare l’offerta alle comunità territoriali mediante l’elaborazione di progetti di “complemento” di natura socio-sanitaria.

In buona sostanza, il CISS non svolge alcuna attività a rilevanza esterna e non esercita direttamente alcuna attività di erogazione di servizi socio-sanitari di natura farmaceutica, assumendo al massimo il ruolo di “centrale di committenza” per l’esternalizzazione di servizi complementari.

In quest’ottica si è argomentata in fatto e giustificata l’assenza di costi per il personale in senso tecnico (una sola unità presente solo dal 2006), cui vanno aggiunti quelli per gli organi sociali che costituiscono l’unica voce consistente in termini di “risorse umane”. Tuttavia, a beneficio dell’esercizio delle facoltà discrezionali spettanti alle amministrazioni, giova richiamare, in questa sede, la *ratio* sottesa alle disposizioni normative che pongono la necessità dell’integrazione organizzativa tra enti locali, in funzione della riduzione dei costi di gestione per le “funzioni fondamentali” (art. 14, comma 27, del D.L. n. 78/2010 come novellato dalla L. n. 135/2012, tra cui cfr. la lettera *b) organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale*). Tale normativa, infatti, mira alla riduzione di strutture organizzative sovrabbondanti e non alla loro moltiplicazione. In funzione di tale obbiettivo, lo strumento del coordinamento previsto dal Legislatore (in forma obbligatoria, peraltro, solo per i comuni al di sotto di 5.000 abitanti, 3.000 se parte di comunità montane) è, se possibile, l’unione – che comporta una vera e propria integrazione burocratica – o altrimenti, la forma leggera della “convenzione” (sulla ricostruzione del quadro normativo in materia cfr. SRC Lombardia n. 418/20012/PAR).

Peraltro, quella del consorzio, si rammenta, costituisce una forma di coordinamento verso la cui onerosità il Legislatore, in generale, ha mostrato uno sfavore che ha portato a imporre lo scioglimento e vietare i consorzi di “funzioni” in senso tecnico (cfr. l’art. 2, comma 186, lett. e della L. n. 191/2009), facendo salvi solo i consorzi di servizi.

In definitiva, anche nel vigente quadro normativo, volendo considerare la “funzione” di “organizzazione dell’erogazione di servizi” quale funzione autorizzata dalla legge e l’attività di svolgimento del servizio farmaceutico un “servizio” consorziabile, occorre in ogni caso valutare la compatibilità di tale scelta organizzativa con il principio di proporzionalità: occorre cioè scegliere quelle forme di gestione che, nel perseguire lo scopo di “organizzazione”, favoriscono soluzioni quanto più possibile “dirette”, senza diaframmi giuridici che possono aggravare inutilmente il bilancio. Tale utilità o inutilità, ovviamente, va valutata in fatto, come si evidenziava, nell’esercizio della legittima discrezionalità dell’ente e salva la violazione dei limiti alla stessa.

Si rammenta, infatti, che il Legislatore (art. 1, commi 611-615 della Legge 23 dicembre 2014 n. 190, c.d. Legge di Stabilità 2015), sebbene con riferimento alle società e non agli organi di diritto pubblico, ha individuato alcuni criteri oggettivi per il razionale efficientamento delle partecipazioni. Tali disposizioni prevedono tra tali criteri razionali l’eliminazione delle partecipazioni e degli organismi *“che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti” e* parallelamente il “*contenimento dei costi di funzionamento, anche mediante riorganizzazione degli organi amministrativi e di controllo e delle strutture aziendali, nonché attraverso la riduzione delle relative remunerazioni*”.

**5. La costituzione della società mista INCOFARMA e la clausola dell’obbligo di conferimento automatico delle licenze prelazionate dai comuni consorziati.** In virtù del già citato art. 3 dello Statuto, a pochi mesi dalla costituzione del CISS, in data 17 febbraio 2005 è stata costituita la citata INCOFARMA, società mista di diritto privato, partecipata dal CISS al 25% mentre la restante parte del capitale (75%) è detenuta dal socio privato, SOC.I.GESS s.p.a., scelto mediante procedura ad evidenza pubblica.

A tal uopo, l’allora Presidente del Consorzio nominava, con determina n. 3 del 12.07.2004, (cfr. allegato n° 3, recato dal Comune di Gricignano d’Aversa con relazione del CISS), il già segretario del C.SS quale responsabile unico del procedimento ad evidenza pubblica che si sarebbe svolto, attribuendo a quest’ultimo le relative funzioni.

Per la gara si sceglieva, come metodo di selezione pubblica, la procedura ristretta con termini abbreviati, assimilabile all’appalto concorso di cui al D.lgs. n. 157/1995 (allora vigente), con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Nel capitolato d’oneri si legge che «[…] *L'appalto non è quantificabile in termini economici, né vi è un corrispettivo da parte del Consorzio, ma è stabilito che il Socio Privato dovrà versare un canone massimo previsto in € 600,00 per singola farmacia per ogni mese di contratto e per tutte le otto farmacie e per l'intero periodo - trenta anni-.* […] *I partecipanti alla gara, su tale importo, dovranno presentare la loro offerta in diminuzione, non sono ammesse offerte in aumento* […]*. Il Canone offerto, sarà versato dal socio privato, quale quota extra e indipendentemente dagli utili della Società mista […]»*.

Il R.U.P., quindi, con determina n. 1/2004 (cfr. allegato n° 3, sopra cit.) approvava il Bando di Gara, la lettera di invito, il capitolato d’oneri (secondo cui ogni candidato socio finanziario e operativo avrebbe dovuto presentare un piano economico-finanziario di sviluppo) e lo schema dell’atto costitutivo della costituenda società con relativi allegati per la gestione delle sedi farmaceutiche comunali da istituire. Nel corso del contraddittorio, i soggetti controllati, alla luce della giurisprudenza successiva sul “doppio oggetto” (Ad. Plen. n. 1/2008), hanno evidenziato la circostanza che il bando di gara prevedeva, quali criteri di assegnazione, una parte economica e una parte tecnico-finanziaria, dove oltre ai requisiti finanziari, si misurava la capacità gestionale ed operativa dei candidati (art. 14).

Alla chiusura dei termini, il Consorzio riceveva 4 richieste di invito a partecipare alla gara, poi regolarmente riscontrate dal CISS. Cionondimeno – a seguito dell’invito – solo la SOCIGESS S.p.A. presentava la propria offerta entro il termine di presentazione fissato. A seguito dell’aggiudicazione, quest’ultima, il cui assetto proprietario è riportato nella Tabella B, diventava socia al 75% di INCOFARMA spa.

Tabella C. Assetto proprietario del socio privato. Fonte: Camere di Commercio

|  |  |
| --- | --- |
|  | **SOC.I.GE.SS** |
| **Assetto proprietario di SOC.I.GE.SS** | MAGES S.R.L. 46, 18%*(società inattiva)***↓** | GESS S.R.L. 45,45%*(società inattiva)***↓** | GDELMES S.R.L.1,09%*(società inattiva)***↓** | ANTONIO D’IORIO 2% | SOCI VARI PER UN TOTALE DEL 5,5% (CON PARTECIPAZIONI INDIVIDUALI < 1%) |
|  |
| **ASSETTO PROPRIETARIO DEI SOCI DI SOC.I.GE.SS.** | VENDITTIOLI FRANCO 50% | ESPOSITO RENATO80,11 % | DEL MESE GIUSEPPE 100% |  |  |
| COX MASSIMO50% | MACCAURO GIANLUCA11,56% |  |  |  |
|  | DI IORIO LORENZO 5,19% |  |  |  |
|  | SAGLIOCCO LUCIANO1,57% |  |  |  |
|  | ALTRI SOCI (CON PARTECIPAZIONI INDIVIDUALI < 1%) PER UN TOTALE DELL’1,57% |  |  |  |

Tabella C.1. Assetto proprietario INCOFARMA spa

| INCOFARMA |  |
| --- | --- |
| CISS (consorzio di diritto pubblico) | 25% |
| SOCIGESS (socio privato) | 75% |

Tabella C.2. Principali dati societari INCOFARMA. Fonte: Camere di commercio.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Denominazione | **INCOFARMA S.P.A.** |  |  |
| Codice fiscale | **5029881215** |  |  |
| Forma societaria | **Società per azioni** |  |  |
| Oggetto sociale | gestione delle farmacie nella titolarità dei comuni aderenti al consorzio CISS |  |  |
|  | **2012** | **2013** | **2014** |
| Capitale sociale |  155.580,00  |  155.580,00  |  155.580,00  |
| Patrimonio netto |  503.734,00  |  550.016,00  |  477.133,00  |
| Indebitamento |  8.576.539,00  |  8.247.043,00  |  7.487.004,00  |
| Personale (unità) |  57  | 60 |  60  |
| Personale (costo) |  1.724.715,00  |  1.993.675,00  |  2.146.611,00  |

La gestione delle farmacie dei comuni consorziati titolari è stata quindi affidata direttamente alla ridetta società mista INCOFARMA per effetto dell’art. 3 dello Statuto del Consorzio.

In virtù di patti parasociali, rimane preminente il ruolo della parte privata nella *governance* societaria, ferma restando la rappresentanza di parte pubblica.

Per quanto concerne il consiglio di amministrazione di INCOFARMA, ai sensi dell’art. 2 dei richiamati Patti:

* il CISS nomina 4 consiglieri (tra i quali vendo eletti il Presidente ed il Vicepresidente del C.d.A.);
* SOCIGESS nomina 5 consiglieri e individua tra gli stessi l’Amministratore Delegato (con poteri di amministrazione ordinaria nei limiti di cui all'art. 2381 c.c. e quindi con l'esclusione delle attribuzioni di cui agli articoli 2423, 2443, 2446 e 2447, 2501 ter e 2506 bis c.c.).

Con la modifica dell’art. 16 Statuto della società (Assemblea straordinaria 30 aprile 2008) il Consiglio di Amministrazione può essere composto da un minimo di 5 ad un massimo di 9 membri. La parte pubblica, nell’attuale C.d.A. composto da 5 membri, si vede riservati 2 consiglieri su 5 (Presidente e Vicepresidente, rispettivamente, attualmente, il Sindaco in carica del Comune di Castel Volturno e quello del Comune di Sant' Antonio Abbate).

Per quanto concerne il Collegio sindacale di INCOFARMA, sempre in base agli stessi patti parasociali:

* al CISS è riservata la nomina di due membri effettivi oltre ad uno supplente del Collegio sindacale;
* al socio privato spetta la nomina del terzo componente (e di un supplente) che ricopre il ruolo di Presidente del collegio.

L’aggiudicazione del servizio, sulla base del bando e del capitolato di gara che ha preceduto la costituzione di INCOFARMA:

* è trentennale e regolata da contratti di servizio di pari durata, il primo stipulato nel 2005 e poi aggiornato con un contratto nel 2007 e poi, successivamente nel 2014;
* inoltre, in base allo Statuto del Consorzio e alla convenzioni di servizio, l’adesione di nuovi comuni al CISS, successiva all’affidamento della gestione delle sedi farmaceutiche alla ridetta società mista, comporta per il comune quale nuovo consorziato, l’automatico trasferimento della gestione della farmacia comunale ad INCOFARMA (art. 3 dello Statuto e del CISS, nonché art. 5 della convenzione di servizio del 2005 e art. 6 della convenzione di servizio del 2007 e del 2014: «*Fermo l'obbligo a carico del soggetto gestore di accollarsi, in momentanea anticipazione, tutti i costi per l'apertura di ogni singola farmacia*»).

**6. Il contenzioso.** La nascita e il primo sviluppo della società sono stati peraltro caratterizzati da un frequente e costante contenzioso, sintomo di una criticità di fondo del resto evidenziata nelle considerazioni svolte dallo stesso CISS nella relazione a valle dell’ord. n. 215/2015, più volte richiamata (prot. CISS 2329 del 12/11/2015). Il CISS, segnatamente, riferisce che la fase "a regime" della INCOFARMA, dal punto di vista finanziario, è stata ritardata dai «*numerosi ricorsi amministrativi che il ClSS e la stessa partecipata INCOFARMA ha subito in quegli anni dai farmacisti privati ed a causa del ritardato rilascio dei decreti regionali di autorizzazione all'apertura delle farmacie di cui erano titolari i comuni consorziati*».

**6.1.** In fase di costituzione, si segnala la vicenda culminata nella sentenza TAR Campania – Napoli, Sez. I, n.3135/2006. Con tale pronuncia il giudice delle prime cure aveva ritenuto illegittimi gli atti di affidamento del servizio, ritenendo che la costituzione della società mista fosse avvenuta in violazione dei principi dell’*in* *house providing*; il Consiglio di Stato (Sez. V, sentenza n. 167/2008) nondimeno, ritenendo che «*l’affidamento diretto del servizio di gestione delle farmacie consortili […] si è concretizzato attraverso un procedimento a formazione progressiva, formato dall’ insieme degli atti con i quali il CISS è addivenuto alla selezione del socio privato ed alla costituzione di una nuova società (INCO.FARMA spa)*» e che la lesione immediata e diretta al bene della vita, consolidando l’interesse a ricorrere, era già presente al momento della pubblicazione del bando consortile e non già solo al momento dell’aggiudicazione e poi della costituzione della società, ha dichiarato irricevibili, per tardività, i ricorsi dei soggetti privati in primo grado, annullando la sentenza impugnata.

**6.2.** Una successiva controversia ha riguardato la legittimità delle adesioni successive di altri comuni al Consorzio, con conferimento automatico delle licenze prelazionate, contestata in sede di impugnazione del relativo decreto regionale di autorizzazione all’apertura della farmacia.

Anche in questo caso, il Consiglio di Stato (sez. V, sentenza n. 1288/2010) ha emesso una pronuncia di rito, rilevando l’irricevibilità, per tardività, del ricorso di primo grado (deciso nel merito con sentenza TAR Campania, Napoli, sez. V, sentenza n. 14697/2008).

Il Giudice di appello, infatti, ha evidenziato che l’adesione al Consorzio implica allo stesso tempo la scelta sulla modalità gestoria delle farmacie (erogazione del servizio a mezzo società mista a partecipazione prevalente del privato) mentre il decreto regionale di autorizzazione all’apertura della sede si limita a verificare esclusivamente il requisito soggettivo del titolare (comune prelazionante) «*senza alcuna valutazione in ordine alla correttezza del modulo organizzativo*»; rilevava, pertanto, la necessità di una impugnazione tempestiva, entro i termini di legge, dell’adesione al CISS; tempestività che nel caso di specie era, tuttavia, mancata, con conseguente reiezione del ricorso di primo grado per tardività dello stesso.

Successivamente, il CISS è stato coinvolto in una serie di controversie, tutt’ora in corso, con la Regione Campania, in merito al rifiuto di rilasciare l’autorizzazione o in relazione alla dichiarazione di decadenza da alcune prelazioni esercitate da alcuni comuni.

**6.3.** Con riguardo al primo ordine di controversie, si segnala la vicenda del Comune di Ottaviano. Ci si riferisce in particolare al decreto regionale prot. n. 4110626 del 27/5/2011, con il quale la Regione ha denegato l’autorizzazione all'apertura della farmacia comunale presso il ridetto comune, a seguito di adesione al CISS e prelazione della sede farmaceutica.

Segnatamente, il Comune avrebbe richiesto alla Regione Campania il rilascio dell'autorizzazione all’apertura, ma l’istanza (prot. n. 5936/11 del 1 aprile 2011) è stata rigettata con il decreto prot. n. 4110626 del 27/5/2011, ove si affermava che ad avviso del MEF (il quale ha fornito parere in risposta ad una richiesta della stessa Regione Campania) l’allora vigente regola generale dell’esternalizzazione con l’affidamento a terzi ai sensi dell’art. 23-bis del D.L. n. 112/2008 (con l’eccezionalità della gestione *in house*) non può applicarsi al settore delle farmacie, essendo necessario, in caso di prelazione, che l’esercizio delle farmacie stesse si svolga direttamente in una delle forme previste dall’art. 9 della L. n. 475/1968 e ss.mm.ii.

La Regione riteneva quindi che la gestione della farmacia comunale non potesse essere rimessa ad INCOFARMA, a mezzo del CISS, in quanto non conforme all’art. 9 della Legge n. 475/1968 (c.d. Legge Mariotti sull’esercizio del servizio di assistenza farmaceutica).

La ricorrente INCOFARMA, per contro, si opponeva affermando che la Regione era incorsa in errore visto che la modalità di gestione scelta per la farmacia comunale di Ottaviano era proprio una di quelle previste dall’art.9 della L. n. 475/1968 (vale a dire gestione a mezzo consorzio).

Il TAR accoglieva i ricorsi (TAR Campania n. 2894/2012 e su analogo decreto regionale per lo stesso comune, con la sentenza n. 3070/2012, come evidenziato da nota CISS prot. 2329 del 12 novembre 2015), ritenendo fondato il motivo e soggiungendo che la possibilità di costituire società partecipate senza vincolo di partecipazione pubblica maggioritaria sarebbe consentito dal vigente art. 116 TUEL, che peraltro – si rileva in questa sede – riguarda i servizi pubblici privi di rilevanza economica. Sui due provvedimenti giurisdizionali, nel frattempo, è stato interposto appello, ad oggi ancora pendente.

**6.4.** Con riguardo al secondo ordine di controversie si segnala la vicenda del comune di Calvizzano. Il Consorzio ha fatto ricorso al Tar per l’annullamento della delibera di consiglio comunale avente a oggetto il recesso dal CISS nonché della delibera di consiglio comunale avente a oggetto la localizzazione della terza sede farmaceutica comunale, del bando di gara e del capitolato speciale finalizzati alla gestione della farmacia medesima. Ancora più a monte, è stato proposto ricorso contro il provvedimento di decadenza emesso dalla Regione Campania in danno delle parti in merito alla prelazione esercitata per la sede farmaceutica. Con sentenza TAR Campania, Napoli, sez. II, n. 3686/2016, il giudice delle prime cure, da un lato, ha accertato la legittimità del provvedimento regionale di decadenza per mancata trasmissione degli atti propedeutici all’apertura della farmacia da parte del comune e, ad esclusivi fini risarcitori, ha dichiarato l’illegittimità della delibera di recesso (e quindi della delibera comunale di localizzazione e bando per l’affidamento a terzi della licenza prelazionata).

Il TAR ha, infatti, evidenziato che non vi è stato rispetto della procedura di recesso contemplata nello Statuto, in particolare non vi è stata prova della notifica della delibera comunale di recesso, richiesta dall’art. 4 dello Statuto del CISS, il quale prevede che ciascun comune recedente « […] *dovrà notificare nelle forme di legge al Presidente del Consorzio il recesso medesimo accompagnando la deliberazione del relativo Consiglio Comunale entro e non oltre il trenta di giugno di ogni anno*» e che se non sussistono motivi ostativi al recesso accertati con deliberazione dell’assemblea dei consorziati, «*il recesso diviene operativo ed efficace dal 1° gennaio dell’anno successivo*». Per l’effetto, il TAR ha accertato, sempre in funzione di un eventuale interesse risarcitorio, l’illegittimità della delibera comunale di localizzazione della farmacia e che si determinava per l’affidamento a terzi mediante concessione, con gara, della licenza medesima.

In adunanza è stato dichiarato che è pendente giudizio di appello.

**7**. **I rapporti finanziari ed organizzativi tra Consorzio CISS – INCOFARMA S.p.A (partecipata) e SOCIGESS S.p.A (socio privato)**. Nonostante il CISS si sia accollato con la partecipazione ad una S.p.A. il correlato rischio d’impresa, la convenzione contempla una serie di rapporti diretti tra soci (vale a dire tra SOCIGESS e lo stesso CISS), non intermediati dagli organi corporativi della società mista INCOFARMA, sostanzialmente volti a sollevare il socio di minoranza da tale rischio, con una forfettizzazione del *quantum* dovuto in ragione della partecipazione. A tale scopo, i contratti di servizio non si limitano a disciplinare i rapporti del CISS con la società, ma regolano anche quelli del Consorzio con il socio privato di maggioranza.

Il contratto di servizio, quindi, di fatto e in diritto, integra un patto parasociale direttamente incidente sulla *governance* societaria, in termini di reciproci dare-avere (cfr. *infra* l’*excursus* sui rapporti economici di INCOFARMA e socio privato col Consorzio; in buona sostanza è garantito un compenso “floor” anche in caso di perdite) e in termini di responsabilità (cfr. i*nfra* la questione concernente il lodo arbitrale in danno del CISS e quella della mancata costituzione di un organo “rafforzativo” del sistema dei controlli sulla società).

**7.1. I rapporti economici. Start-up e primo biennio.** Dal primo contratto di servizio sottoscritto (contratto di servizio del 10/03/2005 registrato a Sessa Aurunca l’8/04/2005 al n. 768), si evince che nella sua prima fase di vita il Consorzio avrebbe dovuto percepire dal socio privato un provento diretto a garantire “l’autosufficienza del Consorzio” e articolato come segue:

a) un “canone fisso annuo nella misura di € 3.000,00 per ogni Comune consorziato titolare del servizio farmaceutico attivo gestito dalla INCOFARMA S.p.A.”, indipendentemente dalla realizzazione di utili. Tale corrispettivo finanziario era conseguente alla quantificazione effettuata, in sede di gara, nell’offerta economica dell’aggiudicatario (€ 250x12 mensilità per ogni farmacia), ed è stato oggetto di accettazione con l’aggiudicazione medesima con offerta al ribasso della base.

b) in aggiunta, ovviamente, la partecipazione agli utili, proporzionale alla quota del 25% e riveniente direttamente da INCOFARMA.

c) inoltre, l’aggiudicatario socio privato si accollava l’”anticipo” dei costi di avvio e apertura delle farmacie nella titolarità dei comuni aderenti, in conformità ad un piano di ammortamento presentato in sede di offerta ed aggiudicazione dal socio privato medesimo.

**7.1.1. Quinquennio 2007-2011.** L’analisi dei successivi contratti di servizio del 2007 (prot. CISS n. 356 del 30/11/2007) e del 2014 (relazione di SOCIGESS al Consorzio con prot. 1397 del 24/10/2013; contratto deliberato il successivo 11/11/2013) evidenzia il costante mutamento dei criteri di liquidazione dei corrispettivi ed una variazione dei flussi finanziari concreti, che ridimensionano il *quantum debeatur*, man mano che il loro numero complessivo delle farmacie aperte è venuto ad aumentare.

 Con la prima modifica contrattuale è stato previsto un innalzamento del canone, a sostegno delle “attività sociali” del Consorzio (in sostanza il finanziamento di progetti a scopo socio-sanitario, in favore dei comuni), nella fase di avviamento delle farmacie. Segnatamente si conveniva, temporaneamente, la corresponsione di un maggiore canone complessivo di concessione fisso secondo il seguente rapporto: € 1.500,00 iva inclusa (+ aggiornamenti ISTAT) x 12 (mensilità) x (numero di farmacie gestite ed effettivamente funzionanti).

Peraltro, al fine di assicurare un introito minimo onnicomprensivo al Consorzio C.I.S.S. per garantire lo svolgimento dell’attività sociale, SOCIGESS S.p.A. si è impegnata a corrispondere complessivamente al Consorzio C.I.S.S., inclusi gli eventuali utili da distribuire pro quota da parte di IN.CO.FARMA S.p.A. (salvo quanto di seguito precisato), l’importo pari a:

1. € 140.000,00 iva inclusa per l’anno 2007, condizionato all’apertura di un minimo di n. 6 farmacie (in luogo di € 108.000,00, calcolando il canone con i criteri originari);
2. € 280.000,00 iva inclusa per l’anno 2008, condizionato all’apertura di un minimo di 10 (dieci) farmacie (in luogo di € 180.000,00 calcolando il canone con i criteri originari);
3. € 400.000,00 iva inclusa per l’anno 2009 (anno a regime), condizionato all’apertura di un minimo di 13 (tredici) farmacie (in luogo di € 234.000,00, calcolando il canone con i criteri originari).

Dalla rappresentazione dei flussi finanziari di cui alla Tabella D, pertanto, si evidenzia che il contributo minimo assorbe completamente anche il canone mensile per le farmacie.

Emergeva quindi, nel quinquennio 2007-2011, una nuova struttura contributiva di INCOFARMA e socio privato verso CISS: 1) un “contributo minimo” omnicomprensivo, con funzione “floor” (erogato anche in caso di mancata distribuzione di utili direttamente dal socio privato e non dalla INCOFARMA, con abbattimento del rischio d’impresa, commisurato al numero di sedi farmaceutiche conferite in gestione. Esso assorbe il canone per le singole farmacie e dividendo); 2) un canone di concessione pagato solo in caso di farmacie che superino lo scaglione/stock di riferimento per il contributo minimo senza raggiungere lo scaglione superiore; 3) una partecipazione agli utili, corrisposta solo nel caso in cui ecceda la misura del contributo minimo.

Tabella D. Fonte: “Relazione sul funzionamento del CISS” a firma del Direttore generale del CISS

|  |
| --- |
| **TABELLA SITUAZIONE RIEPILOGATIVA CREDITI VANTATI DAL CISS NEI CONFRONTI DI SOCIGESS S.p.A. PER GLI ANNI DI COMPETENZA CANONI DAL 2007 AL 2011** |
| Anno di competenza economica canoni | Fatturato da Socigess S.p.A | Versato da Socigess S.p.A a CISS | Credito vantato dal C.I.SS confronti di Socigess S.p.A. |
| 2007 | € 140.000,00 | € 140.000,00 | € 0  |
| 2008 | € 280.000,00\* | € 275.000,00 | € 5.000,00 |
| 2009 | € 280.000,00 | € 255.000,00 | € 25.000,00 |
| 2010 | € 280.000,00 | € 182.668,91 | € 97.331,09 |
| 2011 | € 293.918,12 | € 116.250,00 | € 177.668,12 |
| **Totale** | **€ 1.273.918,12** | **€ 968.918,91** | **€ 304.999,21** |
| **Differenza post Lodo** | **- € 275.000\*\*** |  |  |
|  | **€ 998.918,12** | **€ 968.918,91** | **€ 29.999,21** |

\* nel 2008 si supera la soglia di 10 farmacie. Non si supererà fino al 2011.

\*\*Cfr. infra vicenda del Lodo

Tabella D.1. Dati societari INCOFARMA. Fonte. Relazione del Direttore generale del CISS

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
| utile |  |  | **€ 26.129** | **€ 15.828** | **€ 26.044,** | **€ 387.725** | **€ 265.000** | **€ 286.008** | **€ 332.281** |  |
| utile lordo | -€ 87.829 | -€ 302.711 | € 76.847 | € 59.777 | € 63.858 | € 609.066 | € 501.517 | € 494.591 | € 586.401 |   |
| Ris.gest. caratteristica |   |   | € 105.091 | € 143.138 | € 140.380 | € 784.243 | € 895.909 | € 707.184 | € 764.916 |   |
| numero farmacie |   |   |   |   |   | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 |
| valore produzione |   |   | € 6.807.612 | € 9.471.450 | € 13.378.624 | € 16.525.038 | € 15.700.001 | € 15.035.159 | € 17.500.000 |   |
| personale |   |   |   |   |   |   |   | € 1.724.715 | € 1.993.675 |   |

Tabella D.2. Redditività del socio privato. Fonte. Relazione del Direttore generale del CISS

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| SOCIGESS | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
| Utile | 23.823 | 29.948 | 189.540 | 551.911 | 334.135 | 278.696 | 64.893 | 249.092 | n.p. | n.p |

Dalla tabella di cui sopra si evince che dal 2007 al 2011 il CISS ha fatturato a SOCIGESS, in base al contratto di servizio, canoni relativi ai suddetti anni di competenza economica per un totale di € 1.273.918,12 incassandone però € 968.918,91.

Il socio privato non aveva quindi liquidato, per cassa, € 304.999,21 (credito residuo).

Il CISS, con nota ricevuta da parte di SOCIGESS S.p.A. (ns. prot. n.789 del 18/03/2011) è stato indicato come responsabile in solido con il Comune di Sant’Arpino, della mancata apertura della sede farmaceutica di Sant’Arpino (CE) alla via Gemito in attuazione del procedimento di revisione della Pianta Organica da parte del comune di Sant’Arpino che ha modificato, in modo illegittimo nelle prospettazione del socio privato, le circoscrizioni delle sedi farmaceutiche.

Il socio privato ha quindi intentato causa, invocando una responsabilità solidale del Consorzio ai sensi degli artt. 8 e 9 dell’allora vigente convenzione. La causa è stata tratta in arbitrato (la vicenda è illustrata in maniera analitica al capitolo della relazione del Direttore Generale “Lodo Arbitrale tra C.I.SS e SOCIGESS S.p.A.”), in base alla clausola compromissoria contenuta nell’originario contratto di servizio e poi replicata nei successivi(art. 14 dell’allora vigente contratto di servizio prot. CISS n. 356 del 30/11/2007), e nella bozza di statuto allegata all’originario bando di gara (art. IX dello statuto in parola, rubricato "controversie", che all'uopo disponeva: «*per qualsiasi controversia che dovesse insorgere tra i soci e/o tra quest'ultimi e la società* [...] *sarà espressamente competente un collegio arbitrale che giudicherà. secondo diritto nel rispetto delle regole di cui al codice di rito* [...]»).

Ai sensi dell’art. 8 comma 2 del contratto di servizio del 30 novembre 2011, prot. CISS 356, «*Il Consorzio è obbligato a porre in essere tutto quanto rientra nei suoi poteri per il raggiungimento degli obiettivi per i quali è stato costituito ed in funzione dei quali il soggetto affidatario ha partecipato alla gara dallo stesso bandita, a tutela degli interessi generali del Consorzio e del soggetto gestore*».

Il lodo dà totalmente per scontato il passaggio logico della sussistenza dei presupposti della responsabilità solidale ai sensi degli artt. 8 e 9 del contratto di servizio, limitandosi a disquisire del quantum del danno, leggermente ridotto rispetto alle pretese del socio privato.

Tabella E. Fonte: relazione su vicenda lodo arbitrale allegata a relazione generale del Direttore generale del CISS

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | danno emergente | lucro cessante | totale danno  |
| richieste SOCIGESS |  € 251.724,00  |  € 140.000,00  |  € 391.724,00  |
| pro quota INCOFARMA |  € 188.793,00  |  € 105.000,00  |  € 293.793,00  |
| Lodo arbitrale |  € 226.667,00  |  € 140.000,00  |  € 366.667,00  |
| Differenza |  € 25.057,00  |  € -  |  € 25.057,00  |
| **Condanna pro quota (75%) INCOFARMA** |  **€ 170.000,25**  |  **€ 105.000,00**  |  **€ 275.000,25**  |

Mentre il danno emergente veniva quantificato in relazione a costi di locazione, ristrutturazione, apertura di utenze in relazione all’originaria sede farmaceutica, il lucro cessante veniva quantificato dall’attore socio-privato in base agli utili netti mensili relativi alle altre farmacie comunali operative nell'ambito dello stesso Contratto di servizio 30/11/2007, quantificati in “almeno € 5.000,00”. All’uopo si producevano in atti i “conti/prospetti situazione economica” di tali farmacie.

Il lodo arbitrale operava poi compensazione, «*tra i 417.000,00 euro che SOCIGESS S.p.A: deve ancora dare a CISS e i 275.000,00 euro che CISS deve dare a SOCIGESS S.p.A.»;* risultando così *«un credito a favore di CISS e a carico di SOCIGESS S.p.A di € 142.000,00».*

Pertanto il Collegio arbitrale condannava «*SOCIGESS spa a corrispondere a CISS la somma di € 142.000,00 (euro centoquarantaduemila/00). Su tale somma sono dovuti ex lege gli interessi nella misura legale, a decorrere dalla domanda di arbitrato notificata 28/9/2011*».

Eppure, secondo quanto risulta dalla Tabella D, a seguito del lodo arbitrale, il credito residuo complessivo vantato dal CISS verso SOCIGESS S.p.A. per gli anni di competenza canoni dal 2007 al 2011 è diminuito da € 304.999,21 ad € 29.999,21, piuttosto che ammontare ad € 142.000,00 come previsto dal lodo medesimo.

Sul punto, a valle dell’ordinanza di questa Sezione n. 218/2015, il CISS, con prot. 2329 del 12/11/2015, ha riferito quanto segue: «*mentre il lodo illustrava i crediti vantati dal CISS nei confronti di SOCIGESS per il saldo canoni di competenza fino al 31/12/2010 di € 417.000,00 e non al 31/12/2011 come illustrato nella suddetta "tabella c". Infatti, la "tabella C" (cfr. pag 9 delibera n° 218/2015 Corte dei Conti) dalla quale emerge il credito di 29.999,21 piuttosto che € 142.000,00 è dovuto al fatto che la suddetta tabella riporta il totale fatturato e incassato dal CISS in relazione agli anni di competenza 2007 — 2011, pertanto come rappresentato nelle tabelle successive parte degli incassi e quindi minor credito vantato dal CISS nei confronti di SOCIGESS S.p.A. è avvenuto negli anni 2011 e 2012 mentre il lodo fotografa l'ammontare crediti vantati alla data di competenza del 31/12/2010*».

Peraltro, con riguardo ai **flussi 2012**, Tabella F, nulla emerge a proposito del saldo della differenza ancora dovuta.

**7.1.2. Biennio 2012-2013**. A partire dal 2012, si verificano una serie di interpretazioni, comportamenti contrattuali concludenti e modifiche che comprimono i flussi finanziari dovuti da SOCIGESS in ragione delle farmacie aperte in base alle convenzioni vigenti; il CISS sistematicamente acconsente alle modifiche del contratto di servizio nel senso richiesto dal socio privato, senza motivare in ordine alla convenienza economica di tali scelte, nonostante le convenzioni stipulate avessero una durata più lunga e consentissero una maggiore remunerazione, facendosi parte del rischio che SOCIGESS aveva acconsentito ad accollarsi per i vari periodi considerati.

In primo luogo, nel 2012 vi è stato il raggiungimento della soglia di 13 farmacie, in ragione della quale il contributo minimo sarebbe dovuto passare da € 280 mila a € 400 mila.

Nondimeno, argomentando sulla base del fatto che la tredicesima farmacia è stata aperta a giugno 2012, dunque per soli 6 mesi, il contributo sarebbe stato, invece, determinato in base allo scaglione più basso. Dunque, in base all’art. 6 del contratto di servizio del 30/11/2007 l’importo fatturato da CISS a SOCIGESS è stato pari a € 280.000,00 + € 6.936,00 ISTAT + € 9.000,00 (rateo della tredicesima farmacia aperta per 6 mesi di competenza, ovvero € 1.500 X 6 mesi) per un totale di € 295.936,00 anziché € 400.000,00. Peraltro, i comuni con farmacia, ad inizio 2013, erano 13, quelli senza farmacia 4 (cfr. allegato 34.5 della relazione del DG). Nel primo semestre 2013, le farmacie aperte diventano addirittura 14 (cfr. all. 6.1 relazione del DG).

Tabella F. Flussi finanziari tra CISS e INCO.FARMA NEL 2012. Fonte: relazione del Direttore generale.

|  |
| --- |
| **TABELLA FATTURATO A SOCIGESS S.p.A. E RELATIVI INCASSI DA PARTE DEL C.I.SS. IN BASE ALL’ART 6 CONTRATTO DI SERVIZIO DEL 30/11/2007** |
| **N.FATT** | **DATA OP.** | **DESCRIZIONE** | **FATTURATO** | **INCASSATO** |
| 1 | 19/11/2012 | ACCONTO ANNO 2012 | € 121.000,00  |   |
| 1 | 16/02/2013 | SALDO ANNO 2012 COMPRENSIVO DI ISTAT (farmacie aperte n° 13, applicato art. 6 del contratto di servizio del 30/11/2007 di € 280.000 + 6.936 € [ISTAT] + 9.000 € [TREDICESIMA FARMACIA PER 6 MESI DI COMPETENZA, OVVERO 1.500 € X 6 MESI = 9.000 € ] = 295.936 € ) | € 174.936,00  |   |
|   | 02/04/2013 | ACCONTO ANNO 2012 (RIF FATT.N°1 DEL 19/11/2012) |   |  € 50.000,00  |
|   | 13/08/2013 | ACCONTO ANNO 2012 (RIF FATT.N°1 DEL 19/11/2012) |   |  € 71.000,00  |
| 1 | 12/11/2013 | NOTA DI CREDITO ANNO 2012 (per utile ricevuto nell'anno 2013 da Incofarma S.p.A. CFR art. 6 del contratto di servizio del 30/11/2007)  |   |  € 71.500,00  |
|   | 14/11/2013 | SALDO ANNO 2012 (RIF. FATT.N°1 DEL 16/02/2013) |   | € 103.436,00  |
|  |  | **TOTALE**  | **€ 295.936,00** | **€ 295.936,00** |

Nel **2013**, in base alla convenzione 2007 a regime, il CISS avrebbe dovuto percepire un compenso omnicomprensivo di € 400.000,00. Tuttavia, attesa la non convenienza del contratto di servizio 2007 per il socio privato, a fine 2013 veniva approvata una nuova convenzione, che ridimensionava con effetto retroattivo le spettanze del CISS. Il nuovo contratto di servizio, deliberato dall’Assemblea ordinaria del Consorzio CISS del 11/12/2013, (cfr. allegato n° 7 “verbale di assemblea ordinaria C.I.SS. del 11/12/2013 sulla modifica del contratto di servizio tra C.I.SS. – INCOFARMA S.P.A. – SOCIGESS S.P.A.”) e stipulato con prot. CISS 1461 del 15 gennaio 2014) infatti, disponeva in favore di SOCIGESS una dilazione in tre anni del quantum dovuto, nel 2013, in base al sistema a regime (articolo 6 del contratto di servizi prot. n. 356 del 30/11/2007), e che si rammenta prevedeva un contributo onnicomprensivo di € 400.000,00 su base annua. Tale rateizzazione consisteva nella previsione di pagamenti di:

* € 200.000,00, iva inclusa, nel 2013;
* € 100.000,00, *una tantum*, iva inclusa, nel 2014;
* € 100.000,00, *una tantum*, iva inclusa nel 2015.

Al raggiungimento di detta somma concorreva il dividendo di INCOFARMA S.P.A. che sarebbe stato conseguito nell’anno 2013 e distribuito pro quota al Consorzio C.I.S.S. nel 2014, previa approvazione del bilancio di esercizio della INCOFARMA S.p.A.

Tabella G. Flussi finanziari tra CISS e INCOFARMA NEL 2013. Fonte: relazione del Direttore generale.

|  |
| --- |
| **TABELLA FATTURATO A SOCIGESS S.p.A. E RELATIVI INCASSI DA PARTE DEL CISS IN BASE ALL’ART 6 CONTRATTO DI SERVIZIO DEL 15/01/2014** |
| **N.FATT.** | **DATA OP.** | **DESCRIZIONE** | **FATTURATO** | **INCASSATO** |
| 2 | 05/06/2013 | ACCONTO ANNO 2013 |  € 121.000,00  |   |
| 3 | 17/07/2013 | INTERESSI MORATORI D.lgs. 231/02 |  € 6.267,19  |   |
|   | 20/01/2014 | ACCONTO ANNO 2013 (RIF. FATT.N°2 DEL 05/06/2013) |  | €100.000,00  |
| 1 | 07/04/2014 | SALDO 2013 applicato art. 6 del contratto di servizio del 15/01/2014 (farmacie aperte n° 15, applicato contratto di servizio di € 200.000 SU COMPETENZE 2013 + € 100.000 DA DISTRIBUIRE E FATTURARE SU COMPETENZE 2014 + € 100.000 DA DISTRIBUIRE E FATTURARE SU COMPETENZE 2015) |  € 79.000,00  |   |
|   | 23/05/2014 | SALDO 2013(RIF.FATT.N°1 DEL 07/04/2014) |   |  € 16.929,75  |
|   | 17/09/2014 | NOTA DI CREDITO ANNO 2013 (per utile ricevuto nell'anno 2014 da Incofarma S.p.A. CFR art. 6 del contratto di servizio del 15/01/2014)  |   |  € 83.070,25  |
|  |  | **TOTALE** | **€ 206.267,19** | **€ 200.000,00** |

**7.1.3.** **Anno 2014**. Nel frattempo, nel 2014, le farmacie, come si legge nella relazione, hanno raggiunto quota numero 15. I rapporti economici tra CISS, INCOFARMA e SOCIGESS sono regolati dal contratto di servizio da ultimo citato che definisce la struttura dei corrispettivi come segue:

1. il contributo non assorbe più i canoni, ma funge esclusivamente da clausola “floor” sul diritto agli utili, assicurando una redditività minima della partecipazione. Segnatamente, «*Al fine di garantire la salvaguardia economica e finanziaria del CISS, qualora i ricavi del Consorzio provenienti dal socio privato, e sommati agli eventuali dividendi conseguiti e distribuiti da parte della INCO.FARMA S.p.A. non dovessero comportare il raggiungimento della somma stimata di euro 100.000,00, per il mantenimento dei costi della struttura consortile, il socio privato Soc.I.Ge.SS. S.p.A. si impegna a versare la rimanente parte necessaria al raggiungimento dell'importo sopra stimato, il tutto al fine di consentire al Consorzio CISS il pareggio di bilancio, così come previsto per legge*». Si legge nella relazione del DG «*il dividendo che distribuirà INCO.FARMA S.p.A a C.I.S.S. nell’anno* 2*015 relativo al bilancio di competenza 2014 (…) non dovrà poi essere stornato con nota di credito a Socigess S.p.A. dai canoni di competenza relativi al 2014 perché essendo il nuovo contratto di servizio, in tal senso migliorativo, rispetto a quello precedente sottoscritto nel 2007, gli importi dei canoni dovuti da SOCIGESS S.p.A. a CISS non sono comprensivi del dividendo di INCO.FARMA S.p.*A»;
2. è previsto il recupero del rateo 2014 del contributo onnicomprensivo 2013 (si rammenta per € 100.000,00 nel 2014 e per altre 100.000,00 nel 2015);
3. l’originario canone dovuto per farmacia aperta è rivisto al rialzo, ma solo a partire dagli anni successivi al 2015. Infatti il canone rimane fissato, come da originaria aggiudicazione, in € 250,00 x 12 (mensilità) x (numero di farmacie gestite ed effettivamente funzionanti), mentre, «*a partire dall'anno 2016 l'importo del canone mensile fisso sarà innalzato ad € 500,00, gli importi dei canoni sono da intendersi inclusi iva come per legge*» (art. 6).

Tabella H. Flussi finanziari tra CISS e INCOFARMA NEL 2014. Fonte: relazione del Direttore generale.

|  |
| --- |
| **TABELLA FATTURATO A SOCIGESS S.p.A. E RELATIVI INCASSI DA PARTE DEL CISS. IN BASE ALL’ART 6 CONTRATTO DI SERVIZIO DEL 15/01/2014** |
| N | DATA | DESCRIZIONE | FATTURATO | INCASSATO |
| 2 | 17/09/2014 | ACCONTO ANNO 2014 |  € 100.000,00  |   |
|   | 23/12/2014 | ACCONTO ANNO 2014(RIF.FATT.N°2 DEL 17/09/2014) |   | €100.000,00  |
| 1 | 10/02/2015 | SALDO 2014(applicato art. 6 del contratto di servizio del 15/01/2014) € 100.000 DA DISTRIBUIRE E FATTURATO SU COMPETENZE 2014 + 250 per 12 mensilità X N° 15 FARMACIE APERTE ( € 45.000) = € 145.000 TOTALE 2014  |  € 45.000,00  |   |
|  |  | **TOTALE** | **€ 145.000,00** | **€ 100.000,00** |

**7.2.** L’analisi dei flussi finanziari sopra riportati fa emergere, dal 2012, anno di raggiungimento di una massa critica di farmacie gestite, la contrazione continua dei flussi.

Tabella I. Prospetto di sintesi. Fonte: rielaborazione dei dati delle tabelle precedenti

|  |
| --- |
| **TABELLA SITUAZIONE RIEPILOGATIVA CREDITI VANTATI DAL CISS. NEI CONFRONTI DI SOCIGESS S.p.A. PER GLI ANNI DI COMPETENZA CANONI DAL 2007 AL 2014** |
| **Il fatturato, l’incassato e il credito vantato dal CISS nei confronti di SOCIGESS S.p.A. sono relativi ai singoli anni di competenza esposti in tabella, pertanto tra un anno e l’altro non c’è riporto dei saldi dell’anno precedente al fine di fornire un’esposizione più chiara per ogni singolo anno di competenza** |
| **Anno di competenza economica canoni** | **Fatturato a SOCIGESS S.p.A** | **Incassato da SOCIGESS S.p.A** | **Credito vantato dal CISS nei confronti di SOCIGESS S.p.A** |
| **2007** | **€ 140.000,00** | **€ 140.000,00** | **€ 0** |
| **2008** | **€ 280.000,00** | **€ 275.000,00** | **€ 5.000,00** |
| **2009** | **€ 280.000,00** | **€ 255.000,00** | **€ 25.000,00** |
| **2010** | **€ 280.000,00** | **€ 182.668,91** | **€ 97.331,09** |
| **2011** | **€ 293.918,12** | **€ 116.250,00** | **€ 177.668,12** |
| **2012** | **€ 295.936,00** | **€ 295.936,00** | **€ 0** |
| **2012** | **lodo arbitrale (cfr. capitolo lodo arbitrale)** | **\*\*€ 275.000,00** | **- € 275.000,00** |
| **2013** | **€ 206.267,19** | **\*€ 200.000,00** | **€ 6.267,19** |
| **2014** | **€ 145.000,00** | **\*€ 100.000,00** | **€ 45.000,00** |
| **Totale** | **€ 1.921.121,31** | **€ 1.839.854,91** | **€ 81.266,40** |

\* nota di credito emessa dal CISS a SOCIGESS S.p.A. in ottemperanza all’art. 6 del contratto di servizio del 30/11/2007 e successivo deliberato dall’Assemblea ordinaria del Consorzio CISS 11/12/2013 (prot. CISS n. 1461 del 15/01/2014), il quale prevede che l’importo dei canoni complessivi da versare da SOCIGESS S.p.A. al C.I.SS. sono comprensivi nell’anno di competenza del dividendo che distribuirà INCOFARMA S.p.A. al C.I.SS.

\*\* lodo arbitrale tra SOCIGESS S.p.A. e CISS (cfr. capitolo “Lodo Arbitrale tra Consorzio CISS e SOCIGESS S.p.A.)

La rassegna dei dati e delle informazioni sopra riportati consente di rilevare, in punto di fatto e dal punto di vista esclusivamente gestionale, quanto segue:

* nessuna spiegazione è stata fornita sulla mancata percezione della differenza ancora dovuta a valle del lodo arbitrale (circa 29 mila euro);
* nessuna spiegazione è resa sui ritardi nel cash flow dal socio privato (cfr. comunicazione del DG al C.d.A. CISS, prot. 1033 del 12 gennaio 2012, in cui si legge di «*difficoltà nella riscossione dei crediti vantati dal Consorzio CISS nei confronti della SOCIGESS S.p.A., le quali sono sempre state opportunamente evidenziate in sede di riunione di Assemblea e di C.d.A. del CISS, ovvero nelle apposite relazioni sulla gestione per l'approvazione del bilancio, nonché mediante i diversi solleciti inviati direttamente alla SOCIGESS S.p.A., non ultimo quello del 11/02/2011 ns. prot 774*»). In proposto, nella relazione del CISS prot. 2329 del 12/11/2015, a valle dell’ordinanza collegiale n. 218/2015, si legge: «*detti ritardi, desunti da comunicazioni del DG del CISS, non causano danno al Consorzio in quanto al momento in cui i pagamenti vengono effettuati sono calcolati anche gli interessi moratori sul ritardato pagamento (al tasso debitore dell'8% circa), che ristorano l'Ente dal ritardo patito*»;
* la revisione della struttura economica dei corrispettivi è di fatto intervenuta in coincidenza con l’apertura delle 13 farmacie che avrebbe dovuto determinare, in base alla convenzione 2007, maggiori guadagni per il CISS, che avrebbero dovuto finanziare i servizi sociali di assistenza da questo direttamente erogati. Il CISS, con la citata nota prot. 2329 del 12/11/2015, ha riferito che la rinegoziazione delle condizioni contrattuali è dovuta alle sopravvenienze che hanno mutato il quadro di mercato, nonché in considerazione del fatto che la Convenzione doveva garantire dei margini al CISS nonostante i rischi della fase di avvio, in condizioni di mercato tuttavia favorevoli, e comunque in modo transitorio. Osserva altresì che almeno una componente (il canone) è stata rivista ampiamente al rialzo.
* gli *income-returns*, per la concessione, a mezzo della società mista, delle licenze farmaceutiche, rimangono sostanzialmente modesti (anche in ragione di quanto al precedente alinea). In proposito non può non essere rilevato che gli utili realizzati dalle farmacie risultano in contrasto con la redditività media riconosciuta proprio in sede di lodo arbitrale. Si rammenta, infatti, che agli atti di tale procedimento para-giurisdizionale, il lucro cessante veniva quantificato e provato dallo stesso Socio privato con i “conti/prospetti situazione economica” delle altre farmacie comunali operative nell'ambito dello stesso Contratto di servizio 30/11/2007 (prodotti da SOCIGESS); ciascuna farmacia avrebbe quindi, almeno fino al 2012, una redditività media netta di € 5.000,00 mensili, vale a dire 60.000,00 all’anno. Se si esclude il biennio di start-up, la Tabella D.1 testimonia un utile integrato, per INCOFARMA, nettamente più basso. In media, in base a tali dati, dovrebbe percepire, con 15 farmacie attive – quota raggiunta, come detto, nel 2014 – circa 900.000,00 euro all’anno, con un dividendo per il CISS di € 225.000,00 (proporzionale alla quota di partecipazione del 25%).

In buona sostanza, allo stato degli atti, sulla base del riferito reddito presuntivo medio annuale per farmacia (€ 60.000,00), se si tiene conto del numero di farmacie attualmente aperte (n. 15) a regime, il CISS potrebbe contare su un introito presuntivo medio pari a:

* € 225.000,00 per utili, come sopra calcolati;
* € 6.000,00 per canoni annui a farmacia (quindi € 45.000,00 annui in totale); dal 2016, con il previsto raddoppio del canone, € 90.000,00 annui.

Il CISS, in definitiva, potrebbe preventivare un introito annuo presuntivo medio di 270.000,00 fino al 2015, poi 315.000,00 euro netti all’anno.

Cionondimeno gli utili effettivi, rispetto al *benchmark* presuntivamente così ricavato, risultano costantemente inferiori, nella misura evidenziata nella Tabella L.

Tabella L. Dati societari INCOFARMA. Fonte. Relazione del Direttore generale/Presidente Cda del CISS. Elaborazione utile presuntivo: Corte dei conti

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| INCOFARMA | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
| utile | **-87.269,00** | **302.711,00** | **26.129,00** | **15.828,00** | **26.044,00** | **387.725,00** | **265.541,06** | **286.008,00** | **332.281,00** | **259.399,00** |
| utile lordo | -87.829,00 | 298.158,00 | 76.847,00 | 59.777,00 | 63.858,00 | 609.066,00 | 501.517,00 | 494.591,00 | 586.401,00 |  460.888,00 |
| numero farmacie | 0 | 6 | 7 | 10 | 11  | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 |
| utile netto presuntivo |   |   |   |   |   |  660.000,00  |  720.000,00  |  780.000,00  |  840.000,00  | 900.000,00 |
| differenza |   |   |   |   |   | -272.275,00 | -454.458,94 | -493.992,00 | -507.719,00 | -640.601,00 |

A contestazione del ragionamento induttivo, peraltro, nella nota prot. CISS n. 2329 del 12/11/2015 (relazione del Presidente del CDA e del Direttore generale a valle dell’ordinanza collegiale n. 218/2015) si è precisato che la quantificazione del danno alla base della domanda nel contenzioso di cui al lodo arbitrale, non era riferita a tutte le sedi, ma solo al Comune di Gricignano D’Aversa «*comune confinante con Sant'Arpino ed operante in un ambito territoriale e demografico assimilabile a quello in cui avrebbe operato la farmacia di Sant'Arpino*» al centro della controversia.

Inoltre, alla richiesta di produrre u*n benchmark* per classe demografica e territoriale di soggetti terzi, i Comuni, a mezzo del CISS, hanno riportato i dati di 2 consorzi farmaceutici pluri-sede del territorio campano (fonte AssoFarm) che presentano una redditività minore. Si ritiene il raffronto, nondimeno, non significativo e non rispondente alla richiesta in quanto, sulla base dello stesso ragionamento induttivo sopra effettuato, la richiesta avrebbe dovuto opportunamente fornire il dato con riguardo a singole sedi farmaceutiche private operanti nella medesima area territoriale in cui opera INCOFARMA.

In adunanza pubblica, l’Amministratore delegato di INCOFARMA ha riferito che non è stato possibile rintracciare un *benchmark* che rispondesse alle richieste della Corte. Infatti, per avere un dato raffrontabile, in termini di b*enchmark*, per classe dimensionale e demografica, della redditività delle farmacie gestite, sarebbe necessario disporre di uno studio che prendesse in considerazione esclusivamente le farmacie comunali. In proposito, si è osservato che il raffronto con le farmacie private sarebbe improprio, in quanto le farmacie comunali affrontano maggiori costi per il personale e si accollano servizi gratuiti che abbattano i ricavi in modo sensibile. In secondo luogo, l’Amministratore delegato di INCOFARMA ha posto in evidenza che sull’utile annuale pesa la circostanza che sussiste una sorta di fase di *start-up* prolungata, dovuta al fatto che l’apertura di farmacie per sopraggiunte adesioni al CISS (o per prelazioni ulteriori degli aderenti) onera la società di costi di avviamento considerevoli.

La Sezione ha preso atto e invita i comuni a verificare e utilizzare gli elementi di fatto emersi nell’indagine come elementi di valutazione nell’esercizio della futura vigilanza, in particolare provvedendo, attraverso il sistema dei controlli interni, a verificare costantemente la redditività della società partecipata, a tutela del valore della propria partecipazione e dei flussi finanziari. A tal fine, occorre reperire un *benchmark* adeguato, allo stato non disponibile, nell’ottica del consapevole esercizio dei diritti contrattuali (soprattutto in chiave di rinegoziazione dei contratti di servizio) e di massimizzazione della convenienza della partecipazione, onde evitare l’eventualità, se non di danni, di perdite di *chance* finanziarie.

**IN DIRITTO**

**1.** Fermo restando quanto evidenziato in fatto per quel che concerne gli aspetti gestionali, si accerta, in punto di diritto, quanto segue.

Il CISS e INCOFARMA, come sottolineato in contraddittorio, hanno proceduto all’affidamento del servizio nel rispetto delle procedure di cui al D.lgs. n. 157/1995 (recante l’attuazione della disciplina, *illo tempore* vigente, in materia di appalti di pubblici servizi), in un periodo precedente ai principi affermati con il formante giurisprudenziale costituito dalla Adunanza plenaria n. 1/2008.

In disparte alla tecnicalità della procedura competitiva, la cui *lex specialis*, peraltro, prende in considerazione la congruità del piano industriale dei candidati alla partecipazione sociale, la scelta del modulo organizzativo a monte, è stata fatta sulla base del D.P.R. n. 533/1996 ritenuto applicabile in combinato disposto con l’art. 9 della Legge Mariotti (L. n. 475/1968).

Segnatamente il D.P.R. n. 533/1996 è un regolamento governativo d’attuazione dell’art. 12 della L. n. 498/1992.

Tale ultima norma aveva introdotto, tra i moduli di affidamento dei servizi pubblici già previsti dell’allora vigente art. 22, comma 3, della L. n. 142/1990, la possibilità, per gli enti locali, di gestire i propri servizi pubblici nelle seguenti forme:

a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;

b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;

c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;

d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati.

Il D.P.R. n. 533/1996, adottato, come detto, in attuazione dell’art. 12 della L. n. 498/1992 e dell’art. 4 del D.L. n. 26/1995 (conv. L. n. 9/1995) inseriva una sesta forma di gestione dei servizi pubblici rispetto a quelle soprarichiamate, segnatamente prevedendo la possibilità di costituire una società mista che, a differenza di quella di cui alla lettere e), poteva essere basata su un capitale privato maggioritario. La percentuale minima di partecipazione del privato veniva fissata ad “almeno” il 51%; successivamente col D.L. n. 138/2011 (comma 12) la soglia passava al 40% mentre, nel nuovo testo unico sulle società partecipate, la ridetta soglia passa al 30% (art. 17 D.lgs. n. 175/2016, che codifica la disciplina di base delle società miste).

La prefata disciplina si è arricchita nel tempo della distinzione tra servizi pubblici privi di rilevanza economica e servizi pubblici a rilevanza economica (cfr. *infra*). Le norme fondamentali sulle modalità di gestione e affidamento di quest’ultimi sono state in passato costituite dall’art. 113 TUEL e poi dall’art. 23-bis del D.L. n. 112/2008 in materia di modalità di gestione dei servizi pubblici aventi rilevanza economica.

A seguito dell’abrogazione referendaria del prefato art. 23-bis e della pronuncia di illegittimità costituzionale dell’art. 4 del D.L. 138/2011 (che riprendeva temi e contenuti dell’abrogato art. 23 bis, cfr. sent. C. cost. n. 199/2012) la disciplina dell’affidamento di siffatti servizi è rimasta regolata dal quadro giuridico comunitario e dalla disciplina generale derivata, ora riprodotta nel recente Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. 50/2016. Pertanto, ad oggi, l’affidamento all’esterno del servizio può avvenire secondo tre diversi modelli:

*i.* tramite conferimento in favore di soggetti individuati mediante procedure ad evidenza pubblica (c.d. esternalizzazione). I possibili modelli procedurali sono: appalto di lavori e/o servizi; concessione di lavori e/o servizi; concessione di costruzione e gestione; *project financing*; finanziamento tramite terzi;

*ii.* tramite affidamento ad una società mista pubblico-privata. Il noto parere del Consiglio di Stato del 18 aprile 2007, n. 456 e poi l’Adunanza plenaria n. 1/2008 hanno equiparato la gara per l’affidamento del servizio pubblico alla gara per la scelta del socio, nel caso in cui quest’ultimo si configuri come un socio «industriale ed operativo». Ciò nel presupposto dogmatico, da un lato, che il contratto di società sia un modello in grado realizzare gli effetti causali dell’appalto o della concessione (cfr. Consiglio di stato, sez. V, sentenza 1 luglio 2005, n. 3672) e che, dall’altro, una simile scelta negoziale non può costituire uno strumento per eludere i principi comunitari in materia di concorrenza. Tale posizione è stata altresì avallata anche dalla Commissione Europea che, nella Comunicazione 5 febbraio 2008 (C/2007/661), ha sottolineato la difficile praticabilità di una doppia procedura di gara. La soluzione della gara unica aveva poi trovato riscontro normativo nella disciplina oggi abrogata dell’art. 4 del D.L. n. 138/2011 che la declinava come gara c.d. a doppio oggetto e oggi nell’art. 17 del D.lgs. n. 175/2016;

*iii*. tramite affidamento diretto a società a totale capitale pubblico corrispondente al modello c.d. *in house providing*, che a seguito delle abrogazioni di cui sopra ha visto venire meno diversi vincoli cui era soggetto.

**2.** In questo contesto, dunque, per definire la disciplina applicabile al tempo della costituzione del CISS e quindi di INCOFARMA (2004-2005), occorre preliminarmente qualificare il servizio di assistenza farmaceutica nel contesto dei servizi pubblici.

Per «servizio pubblico» si intende qualsiasi attività che si concretizzi nella produzione di beni o servizi in funzione di un’utilità per una collettività, non solo in termini economici ma anche in termini di promozione sociale, purché risponda ad esigenze di utilità generale o ad essa destinata in quanto preordinata a soddisfare interessi collettivi (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 9 maggio 2001, n. 2605).

Per «servizio pubblico locale» si intende qualsiasi attività che si concreta nella produzione di beni e servizi in funzione di un’utilità, nei termini appena espressi, per la Comunità locale (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 17 aprile 2003, n. 2024).

All’interno di questa categoria il legislatore ha delineato la distinzione tra servizi pubblici locali a rilevanza economia e quelli privi di tale rilevanza (cfr. artt. 113 e 113-bis TUEL, nonché l’art. 116 TUEL, oggi abrogato espressamente dall’art. 28 del D.lgs. n. 175/2016).

Segnatamente, la distinzione è stata introdotta con l’art. 35 della Legge n. 448/2001 che ha introdotto l’art. 113*-bis* TUEL; ancora con il D.L. n. 269/2003 convertito nella Legge n.326/2003 il Legislatore, con norma peraltro censurata parzialmente dalla Corte Costituzionale con sentenza n.272/2004, ha eliminato la distinzione tra servizi pubblici locali a rilevanza industriale e non, sostituendola con quella fra servizi pubblici locali “*con rilevanza economica*” e servizi pubblici locali “*privi di rilevanza economica*”, precisando, che la disciplina delle  modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali concernono la tutela della concorrenza e sono inderogabili ed integrative della disciplina di settore.

La giurisprudenza amministrativa ha precisato che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell’attività in questione (Consiglio di Stato, sezione V, 27 agosto 2009, n. 5097).

Per converso, devono considerarsi privi di rilevanza economica quei servizi che, per loro natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non danno luogo ad alcuna competizione, così risultando irrilevanti ai fini della concorrenza (Tar Sardegna, sentenza n. 1729 del 2 agosto 2005). Saranno, quindi, privi di rilevanza economica i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo (invero, la dicotomia tra servizi a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica può anche essere desunta dalle norme privatistiche, coincidendo sostanzialmente con i criteri che contraddistinguono l'attività di impresa nella previsione dell'art. 2082 Cod. civ. e, per quanto di ragione, dell'art. 2195 o, per differenza, con ciò che non vi può essere ricompreso). Per gli altri servizi, astrattamente di rilevanza economica, andrà valutato in concreto se le modalità di erogazione, ne consentano l'assimilazione a servizi pubblici privi di rilevanza economica (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 23 ottobre 2012 n. 5409).

**2.1.** In questo quadro, è costante oramai l’inquadramento del servizio di assistenza farmaceutica tra i servizi pubblici locali a rilevanza economica, sia pure con peculiarità tali che ne giustificano una disciplina *ad hoc*.

L’esercizio di farmacie e la loro distribuzione sul territorio in rapporto alla popolazione costituisce, infatti, una modalità per assicurare un diritto costituzionalmente garantito qual è quello alla salute. La stessa Corte Costituzionale ha riconosciuto che l’intera regolamentazione dell’attività farmaceutica è “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”, al punto che resta “solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l’indubbia natura commerciale dell’attività del farmacista” (Corte cost. sent. n. 87/2006). Proprio la natura di servizio pubblico essenziale e la sua concomitante finalità sociale giustificano – anche alla luce del diritto comunitario (cfr. per tutti Corte di Giustizia n. 570 del 2010 in materia di compatibilità della disciplina sulle distanze minime fra le sedi farmaceutiche con il diritto comunitario) – il permanere della fitta trama di vincoli cui il legislatore subordina l’esercizio dell’attività, a conferma della prevalenza dei profili di tutela della salute su quelli più schiettamente commerciali.

Infatti, il servizio farmaceutico costituisce un’articolazione del più ampio servizio sanitario nazionale (L. n. 833/1978); segnatamente ai sensi dell’art. 28 della prefata legge, istitutiva del servizio sanitario nazionale, «*L'unità sanitaria locale eroga l'assistenza farmaceutica attraverso le farmacie di cui sono titolari enti pubblici e le farmacie di cui sono titolari i privati*».

Tale norma non è stata modificata né negli anni ’90, quando si è provveduto ad organizzare il servizio su base regionale (L. n. 421/1992), né a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, che ha confermato l’organizzazione regionale del servizio, ferma restando la necessità e la garanzia di una uniforme erogazione dei LEA (livelli essenziali di assistenza) di cui all’art. 117 comma secondo, lett. m), Cost.

Ne consegue che le farmacie, pubbliche e private, sono articolazioni del SSN, deputate ad erogare un servizio pubblico essenziale (l’assistenza farmaceutica), la cui disciplina fondamentale rimane affidata allo Stato; alle regioni spetta l’organizzazione concreta in termini di pianificazione, programmazione e correlati effetti finanziari, mentre la materiale erogazione e titolarità degli esercizi può essere assunta anche a livello locale, mediante i comuni (in tal caso costituendo un servizio pubblico locale).

Nel contesto così delineato, la vendita e distribuzione dei farmaci, e gli eventuali servizi accessori, costituiscono senza dubbio un’attività economica, notoriamente redditizia, svolgibile in regime di concorrenza.

Tuttavia, in ragione dell’esigenze sociali sopra richiamate, per il carattere sanitario del servizio, anche le farmacie private fanno parte del Sistema sanitario nazionale e sono sottoposte ad obblighi di legge.

In tale ottica si rammenta che l’eventuale riserva di titolarità del servizio in favore dell’ente locale costituisce una deroga alla concorrenza, trovando il proprio fondamento nell’art. 43 Cost. e nell’art. 41 Cost. (SRC Lombardia n. 196/2009/PAR) che consentono la limitazione legislativa dell’iniziativa economica per il perseguimento di un’utilità sociale.

Tuttavia, le innegabili connotazioni sociali del servizio(in quanto ascrivibile al novero delle «*attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali*” (cfr., *ex multiis*, Corte dei conti, sez. reg. controllo Puglia, parere n. 3 del 2008; Corte dei Conti, Marche, sez. contr., 7 agosto 2013, n. 57; Cons. Stato, sez. III, n. 729 del 2013; TAR Campania, Napoli, sez. V, nn. 1495 del 2008; 2939 del 2011 e 699 del 2012 e Tar Piemonte Sez. II, 14/6/2013 n. 767), non lo privano della sua rilevanza economica.

Di talché la giurisprudenza ne ha chiarito la natura di servizio pubblico essenziale, a carattere locale, e a tendenziale rilevanza economica (Corte dei Conti SRC Lombardia, deliberazioni n. 195/2009/PAR e n. 196/2009/PAR; 532/2012 nonché Campania 260/2014/PRSP; Consiglio di Stato, Sez. V, 15 febbraio 2007, n. 637 e 8 maggio 2007 n. 2110; Tar Campania, Salerno Sez. I 22 febbraio 2006, n. 198; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23 aprile 2009, n. 3567): l’intervento della pubblica amministrazione nella gestione dell’attività è strumentale ad una più completa tutela del diritto alla salute (SRC Campania n. 260/2014/PAR), garantendo, ad esempio, l’accessibilità anche nelle aree territoriali caratterizzate da minor densità abitativa (Cons Stato, sent. n. 5587/2014) e dunque assicurando alla collettività modalità di servizio che, in quanto poco redditizie, sarebbero trascurate dai privati (T.A.R. Campania, Salerno, I, 22.2.2006, n.198; T.A.R. Umbria, 16.2.2000, n.142).

In definitiva il servizio di assistenza farmaceutica, quando svolto da soggetti pubblici, è un servizio “pubblico”, di “natura economica” e a carattere “locale”: ed infatti, il Legislatore, nel dettare la disciplina generale per tali servizi ha ritenuto di dover sistematicamente escludere l’attività farmaceutica dall’ambito di applicazione delle relative norme, alle quali, altrimenti, sarebbe stata pienamente assoggettata.

Con una breve rassegna si può, infatti, ricordare che il D.L. n. 135/2009, nel testo emerso dalla conversione operata dalla legge n. 166/2009, ha precipuamente 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), rimanendo le stesse assoggettate alla specifica disciplina di settore (*in primis*, la L. n. 475/1968)

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.

In tal senso dispone, da ultimo, anche l’art. 34, comma 25, del D.L n. 179/2012.

Ne consegue, in definitiva, che all’atto della costituzione del CISS e della INCOFARMA, la disciplina di riferimento era quella dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, fatta salva la normativa speciale di settore contemplata per l’attività farmaceutica dei comuni e dei privati.

**3.** I tratti fondamentali di tale disciplina di settore sono ancora oggi contenuti nella Legge n. 475/68, meglio nota come Legge Mariotti. La legge Mariotti, nella versione vigente novellata dalla L. n. 362/1991, prevede l’attribuzione della titolarità della farmacia, in primo luogo, a privati dotati di particolari requisiti ovvero, in secondo luogo e solo in caso di esercizio della prelazione, ai comuni entro un limite massimo prefissato.

Secondo la dottrina, per titolarità si intende il “diritto di impianto ed esercizio” della sede.

L’apertura di una farmacia comunale è comunque subordinata ad un’autorizzazione amministrativa rilasciata con provvedimento definitivo a cura dell’autorità sanitaria competente per territorio (art. 1 comma 1, vale a dire la Regione).

Da un punto di vista istituzionale, le competenze organizzative del servizio sono così distribuite.

Come chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 255/2013, il potere di programmazione del servizio sul territorio, spetta essenzialmente alla Regione; tanto premesso:

-    il potere di determinare ogni due anni il numero delle sedi farmaceutiche spettanti ai Comuni (art. 2, comma 2, della L. n. 475/1968, così come modificato dall’art. 11 della legge “Cresci Italia”) e, quindi, sia di istituirle che, eventualmente, di sopprimerle (ove divenute soprannumerarie), spetta alla Regione;

-    il potere di individuare le zone in cui collocare le nuove sedi istituite (art. 2 comma 1 della L. n. 475/1968, così come modificato dall’art. 11 della legge “cresci Italia”), deve essere esercitato dal Comune;

-    per contro, il potere di revisione della pianta organica (art. 5 della L. 362/1991), spetta alla Regione.

La Regione mette a concorso – per titoli ed esami – le sedi vacanti o di nuova istituzione (art. 4 della L. n. 362/1991 e D.P.C.M. 30 marzo 1994, n. 298) e rilascia infine l’autorizzazione ad aprire ed esercitare una farmacia (art. 1 L. n. 475/1968; art. 3 L. n. 362/1991; art. 22 della L.r. Campania n. 13/1985, da ora innanzi “licenza”) oltre a disciplinare l’articolazione temporale dell’attività (L.r. Campania n. 1/2010).

**4.** In questo contesto si inseriscono gli artt. 9 e 10 della Legge Mariotti, che contiene la disciplina della “prelazione” che i comuni possono esercitare sulle sedi vacanti o di nuova istituzione, poste a bando dalla Regione.

In punto di natura e contenuto di tale facoltà dei comuni, la Corte di Cassazione – come recentemente ricordato dal Consiglio di Stato nella sentenza, sez. V, n. 3686/2016 – ha chiarito che «*la posizione di vantaggio, riconosciuta all'ente territoriale della legge 2 aprile 1968, n. 475 (art. 9 e 10 su sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione), ancorché venga qualificata dalla citata legge come diritto di prelazione, ha natura e consistenza di mero interesse legittimo*», poiché «*il diritto si inserisce nell'ambito dei provvedimenti amministrativi* […] *circa l'individuazione delle sedi vacanti o delle nuove sedi di farmacie e l'acquisizione all’ente della sede in virtù della prelazione non esenta l’ente dal dover richiedere ed ottenere per poter aprire ed esercitare la farmacia l’autorizzazione della competente autorità, elementi questi che nonostante gli eventuali vincoli posti dalla legge a tutela di situazioni preferenziali dell’uno o dell’altro soggetto configurano espressioni di poteri autoritativi rivolti in via preminente al perseguimento di esigenze di ordine generale»* (cfr. Cass., SS.UU., 17.6.1988, n. 4132; Cass., SS.UU., 19.2.1983, n. 1282).

Si tratta di dunque di un interesse legittimo il cui oggetto è la preferenza che deve essere per legge riconosciuta ai comuni nel conseguimento della “titolarità” delle farmacie, preferenza in funzione della quale, la legge disciplina espressamente le modalità di affidamento e gestione del servizio.

L’art. 9 della L. n. 475/1968, nella riformulazione effettuata con la L. 8 novembre 1991, n. 362, contiene in proposito un elenco solo in parte simile, a quello già contenuto nell’allora vigente L. n. 142/1990. Segnatamente «*La titolarità delle farmacie che si rendono vacanti e di quelle di nuova istituzione a seguito della revisione della pianta organica può essere assunta per la metà dal comune. Le farmacie di cui sono titolari i comuni possono essere gestite, ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142, nelle seguenti form*e:

*a) in economia;*

*b) a mezzo di azienda speciale;*

*c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono 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*».

In definitiva, rispetto al modello previsto per gli altri servizi pubblici locali vigente nel 1991 (L. n. 142/1990, cfr. § 1) e poi nel 2004 (art. 113 TUEL), l’elenco sopra riportato si segnala per le seguenti differenze:

1. è ammessa una società a capitale pubblico prevalente (attesa la disciplina generale parallelamente vigente), ma solo con “socio d’opera” particolare (i farmacisti già dipendenti comunali).
2. È esclusa l’“istituzione” come modulo di gestione delle farmacie comunali.
3. È esclusa la concessione di servizi (ieri regolata dall’art. 30 del D.lgs. n. 163/2006, oggi dagli artt. 164 e ss. del D.lgs. n. 50/2016). L’esternalizzazione del servizio, infatti, si determina semplicemente mediante il non esercizio della prelazione, che per l’effetto determinerà l’assegnazione della sede sul territorio a dei privati, sulla base di un concorso per titoli ed esami (cfr. l’art. 4 della L. n. 362/1991 che ha sostituto il pregresso articolo 3 della Legge Mariotti).

Si rammenta, in proposito, che le farmacie private svolgono un’attività che rimane parte integrante del Servizio Sanitario Nazionale, in ragione della loro capillarità e del loro obbligo di erogare i farmaci agli assistiti ed a chiunque intenda acquistarli e di non interrompere lo svolgimento del servizio soggetto ad ampi poteri di vigilanza e di controllo dell’Amministrazione (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 21 giugno 2005, n. 3268, nonché TAR Campania, Napoli, sez. V, sentenza 10 ottobre 2008, n. 14697). In questo contesto, è in facoltà degli enti locali – nel rispetto delle ordinarie procedure di legge – stipulare con tali farmacisti apposite convenzioni per prestazioni ancillari, accessorie e complementari al servizio farmaceutico di base, prevedendo ulteriori prestazioni di carattere socio-sanitario.

**1) INAMMISSIBILITÀ ORIGINARIA DELLA GESTIONE INDIRETTA ATTRAVERSO SOCIETA’ MISTE CON PARTECIPAZIONE PUBBLICA DI MINORANZA**

**5.1.** Tanto premesso sul quadro normativo di riferimento, emergono, in particolare, due profili di criticità, il primo attinente all’ammissibilità stessa del modello di gestione delle farmacie comunali attraverso una società mista pubblico-privata a prevalente capitale privato; il secondo relativo all’affidamento diretto alla medesima società della gestione delle diverse sedi farmaceutiche di volta in volta prelazionate dai Comuni, realizzato attraverso la mera adesione di questi ultimi al Consorzio.

Quanto al primo profilo, la scelta, “a monte”, di esternalizzare la gestione delle farmacie comunali prelazionate dagli Enti aderenti al CISS non appare conforme al sopra riportato quadro normativo vigente al tempo della istituzione del CISS (2004) e di INCOFARMA (2005) in materia di titolarità ed esercizio del servizio farmaceutico.

Com’è stato sopra evidenziato, sul settore farmaceutico insiste una regolamentazione pubblicistica particolarmente pervasiva, che abbraccia anche le forme di gestione delle farmacie comunali, e che trova la propria ragion d’essere proprio nella primarietà del diritto alla salute che l’attività di distribuzione e vendita dei farmaci è deputata a soddisfare.

La sussistenza di una legislazione speciale sistematicamente “fatta salva” dal legislatore quando ha dettato la disciplina generale dei servizi pubblici locali e l’esigenza di tutelare la concorrenza (in chiave sia comunitaria che interna), favorendo l’accesso dei privati alla titolarità delle farmacie, porterebbe ad escludere la possibilità di costituire società miste a capitale privato prevalente nel settore farmaceutico.

Infatti, al tempo della costituzione dei due soggetti, vigeva l’art. 113 TUEL, il quale costituiva disciplina generale derogata dalla legge speciale Mariotti che non contempla la società mista a capitale privato prevalente.

La possibilità di costituire una siffatta società era ed è per contro prevista dall’art. 116 TUEL, per i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

Ad avviso del CISS e dei comuni sottoposti a controllo, per contro, la disciplina della legge Mariotti, ed in particolare dell’art. 9, non escludeva, al tempo, che l’esercizio delle farmacie comunali potesse avvenire a mezzo di società miste a capitale prevalentemente privato.

In quest’ottica gli enti controllati citano:

1. l’argomento secondo cui il D.P.R. 533/1996 e l’art. 9 della legge Mariotti sarebbero entrambi leggi speciali che si applicano combinatamente, senza reciprocamente escludersi (memoria CISS prot. C.C. n. 4934 del 26 settembre 2016);
2. la giurisprudenza della Sezione III del Consiglio di Stato che, nel confermare la natura del servizio in termini di servizio pubblico “locale” e a “rilevanza economica”, ha affermato la compatibilità di tale modulo col diritto italiano e comunitario della concorrenza (cfr. Consiglio di Stato Sez. III, sentenza 31 ottobre 2014 n. 5389; sentenza n. 31 dicembre 2014 n. 5587; sentenza 9 luglio 2013 n. 3647/2013); in questo senso si cita anche il precedente TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, sentenza 11 febbraio 2013, n. 93;
3. l’esistenza di un contenzioso in cui il CISS, sinora sempre vittorioso, avrebbe avuto conferma della correttezza della scelta del modulo, anche per quel che concerne le adesioni successive al Consorzio ed il conferimento automatico delle sedi prelazionate. Si cita a tal proposito la pronuncia emanata dal Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 5 marzo 2010, n. 1288 relativa ad una controversia in ordine agli atti conseguenti all’adesione successiva al CISS da parte del Comune di Acerra).

Le obiezioni non sono decisive.

**5.1.1.** Ferma restando l’innegabile sussistenza di un’incertezza interpretativa sul punto dell’utilizzabilità del modulo società mista a capitale privato prevalente nel settore delle farmacie si osserva quanto segue.

In primo luogo, ammesso che possa considerarsi speciale una norma confluita nel TUEL, due leggi speciali, per loro natura, dal punto di vista della teoria generale non possono integrarsi, ma, a fronte di un’antinomia non altrimenti risolta dal legislatore, devono prevalere una sull’altra sulla base della maggiore specialità dell’una o dell’altra disciplina.

L’art. 9 della Legge Mariotti e l’art. 113 TUEL (quest’ultimo integrato dalla disciplina attuativa del D.P.R. 533/1996, in punto di società miste a capitale privato prevalente) contenevano entrambi la disciplina dei servizi pubblici locali, con contenuti peraltro divergenti nei termini evidenziati al § 4.

 Ne consegue che la disciplina applicabile non poteva che essere quella della legge Mariotti, atteso che l’ambito di disciplina di quest’ultima riguardava non i servizi pubblici in generale, ma un particolare servizio pubblico, vale a dire quello concernete l’“attività farmaceutica”, così integrando quell’elemento di differenziazione che consente all’interprete di superare l’apparente antinomia; si tratta infatti di una specialità ritenuta rilevante e tenuta presente dal Legislatore stesso nei vari interventi normativi succedutesi negli anni nel settore dei servizi pubblici locali (cfr. § 2).

Occorre vieppiù considerare che la L. n. 475/1968, oltre che legge speciale, è altresì “legge di riforma” che interviene nel pregresso quadro di leggi statali sul servizio farmaceutico, costituto dal R.D. 27.07.1934, n. 1265 "Testo Unico delle Leggi Sanitarie" e dal R.D. 30-9-1938 n. 1706 "Approvazione del regolamento per il servizio farmaceutico".

Per contro, è stata una scelta precipua del legislatore quella di restringere l’ambito di applicazione del modulo organizzativo della società mista a capitale privato prevalente al solo settore dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, dopo un periodo in cui tale possibilità era sta espressamente consentita con una deroga legislativa alla legge Mariotti.

Il caso è icasticamente evidenziato da un precedente richiamato dallo stesso CISS e segnatamente dalla sentenza TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 11 febbraio 2013, n. 93.

La costituzione e l’affidamento del servizio farmaceutico a società mista a capitale privato prevalente sono stati infatti possibili solo dalla data di entrata in vigore della L. n. 498/1992 fino al giorno prima dell’entrata in vigore del TUEL (ergo fino al 27 settembre 2000) che ha effettuato scelte opposte.

L’art. 12, comma 1, della L. n. 498/1992, sulla base del quale è stato emanato il D.P.R. 533/1996, integrava, infatti, il sistema di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali prevedendo società miste “*senza il vincolo della proprietà maggioritaria*” pubblica, “*anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475*” (che prevede una società a controllo pubblico, con socio d’opera privato identificato in un farmacista).

Il D.lgs. 267/2000 (TUEL) entrato in vigore il 28 settembre 2000, da un lato abrogava espressamente l’art. 12 comma 1 della L. n. 498/1992 (art. art. 274, lett. *w)*, dall’altro ne riproduceva il contenuto nell’art. 116, che riguarda i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, eliminando la deroga espressa alla Legge Mariotti.

Ne consegue che al tempo della costituzione del CISS e di INCOFARMA non era più possibile, nel settore farmaceutico, la costituzione di società miste a capitale privato prevalente.

Nel precedente citato dal CISS, infatti, il TAR ritiene legittima la costituzione di una società siffatta per l’attività farmaceutica proprio in ragione di tali evidenze di diritto intertemporale.

**5.1.2.** In secondo luogo i soggetti sottoposti al controllo hanno citato l’orientamento giurisprudenziale secondo cui, anche nel settore farmaceutico sono ammessi l’affidamento e la gestione del servizio con concessione o con schemi negoziali che ne producono funzionalmente lo stesso effetto, come il caso della società mista a capitale privato prevalente.

Preliminarmente occorre rammentare che la Corte dei conti (cfr. SRC Lombardia deliberazioni n. 70/2011/PAR; n. 657/2011/PAR; n. 49/2012/PAR e n. 446/2012/PAR; n. 26/2013/PAR) e parte della giurisprudenza amministrativa (cfr. in questo senso TAR Piemonte, Sez. II, sentenza 14 giugno 2013, n. 767) seguono un orientamento contrario.

In estrema sintesi:

* la Corte, privilegiando un percorso esegetico teso a valorizzare la finalità sociale dell’attività (deliberazione 70/2011/PAR del 3 febbraio 2011), ha conseguentemente sostenuto che anche la facoltà di scelta del modello gestorio da parte dei comuni che esercitano la prelazione, incontra i 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);
* se l’amministrazione esercita la prelazione, l’opzione presuppone, infatti, la decisione a monte di assumere direttamente la gestione del servizio nelle forme previste dalla legge Mariotti o nelle forme che comunque assicurino un diretto e concomitante controllo sulla gestione.

Si è ritenuto dunque che, per scelta legislativa, con il sistema delineato dalla Legge Mariotti, si sia voluto vietare la scissione tra titolarità e gestione del servizio pubblico farmaceutico, in quanto si assume che la stessa non garantisca “astrattamente” gli obiettivi di rilevanza sociale che giustificano la prelazione e la sottrazione della sede farmaceutica alla competizione dei privati per la sua titolarità, in ambito regionale.

È in quest’ottica che resta escluso – dall’elenco dell’art. 9 della Legge Mariotti – il ricorso alla concessione a terzi, mentre la possibile costituzione di società mista continua a presupporre il vincolo maggioritario pubblico ed è comunque giustificato solo con riguardo all’ipotesi del socio d’opera, onde consentire all’ente di accedere all’*expertise* di farmacisti con una forma contrattuale diversa dal rapporto di lavoro.

In buona sostanza non sono ammesse forme di gestione che non assicurino la sostanziale coincidenza tra titolarità e gestione della farmacia.

In chiave evolutiva, apertosi il sistema alla gestione dei servizi anche a mezzo di soggetti di diritto privato (principio della neutralità della forma giuridica, cfr. art. 1 L. n. 241/1990), è stato possibile estendere le modalità di gestione del catalogo di cui all’art. 9 della Legge Mariotti purché rispettose dell’*eadem ratio* della disciplina di settore, vale a dire del principio di non separabilità della titolarità dalla gestione (solo in questo senso SRC Lombardia. nn. 489/2011/PAR e 532/2012/PAR evidenziano il carattere “non tassativo” del catalogo dell’art. 9 della Mariotti).

A questo titolo, infatti, non si può escludere una gestione diretta del servizio in forma societaria, ad esempio tramite società *in house* (SRC Lombardia n. 489/2011/PAR) o società miste a controllo pubblico, ovverotramite convenzione (SRC Lombardia n. 26/2013/PAR).

Attesa la *ratio* della disciplina, continuano ad essere escluse, invece, ad avviso della Sezione (SRC Campania n. 260/2015/PAR), in linea con l’orientamento prevalente della Corte dei conti e di parte della giurisprudenza amministrativa, la gestione indiretta, tramite concessioni o società di secondo livello su cui non si esercita il controllo; ciò in quanto si tratta di forme di gestione che non sono per loro natura in grado di assicurare la coincidenza tra titolarità della farmacia e della gestione, privando l’ente locale di un impatto diretto e significativo sulla *governance* della farmacia che possa giustificare la sottrazione della titolarità della sede al mercato, mediante prelazione.

È pertanto esclusa la legittimità di forme di gestione delle farmacie comunali che realizzino, in concreto, una scissione tra titolarità e gestione del servizio, come, nel caso di specie, attraverso modello della società mista a capitale privato contemplato dalla disciplina generale *pro tempore*, segnatamente dal D.P.R. n. 533/1996.

La costituzione di una società mista a capitale privato prevalente, del resto, realizza uno schema negoziale fungibile rispetto all’appalto o alla concessione (cfr. Adunanza plenaria n. 1/2008) in quanto la partecipazione sociale ha un suo “corrispettivo” proprio nel conferimento del servizio per le correlate sedi farmaceutiche. Proprio per tale fungibilità tra contratto-concessione e contratto societario la giurisprudenza amministrativa e oggi l’art. 17 del D.lgs. n. 175/2016 hanno codificato la c.d. gara a doppio oggetto, in virtù della quale il socio deve essere selezionato in ragione delle qualità non solo finanziarie, ma operative, valutando la capacità industriale nella resa del servizio.

**5.1.2.1.** La Sezione, peraltro, non ignora il diverso orientamento sostenuto da una parte della giurisprudenza che ha nondimeno ritenuto ammissibile l’affidamento delle farmacie comunali in gestione a terzi, mediante lo strumento della gara pubblica e, quindi, con sostanziale scavalcamento delle modalità indicate dall’art. 9 della legge n. 475 del 1968 (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, n. 1598 del 2011 nonché Consiglio di Stato Sez. III, sentenza 31 ottobre 2014 n. 5389; sentenza n. 31 dicembre 2014 n. 5587; sentenza 9 luglio 2013 n. 3647/2013).

A sostegno di questa interpretazione si invocano anche alcuni indici normativi che ammetterebbero la scissione tra titolarità e gestione delle farmacie comunali:

* In primis, si evidenzia che il Legislatore, già in passato, avrebbe consentito altre forme di gestione. A tale riguardo si richiama il già citato art. 12, comma 1, della Legge n. 498 del 23 dicembre 1992 che ha consentito la gestione di farmacie comunali attraverso società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria così stabilendo*;*
* In secondo luogo si richiama l’art. 100 del D.lgs. n. 219 del 24 aprile 2006 (Attuazione della direttiva 2001/83/CE – e successive direttive di modifica – relativa ad un codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE) il quale, al comma 1-bis consente alle società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali di svolgere anche attività di vendita al pubblico attraverso la gestione di farmacie comunali; il medesimo art. 100, prosegue, al comma 4 bis facendo “salvi gli effetti degli affidamenti della gestione delle farmacie comunali a società che svolgono attività di distribuzione all'ingrosso di medicinali, nonché dell'acquisizione da parte di tali società di partecipazioni in società affidatarie della gestione di farmacie comunali, effettuati prima della data di entrata in vigore del presente decreto legislativo”.
* In terzo luogo, questo orientamento evidenzia che il D.L. n. 415/89 all’art. 15-*quinquies* comma 2, ha esteso ai comuni la facoltà, già prevista per le farmacie private (art. 12 L. 475/68), di trasferire la titolarità della farmacia decorsi 3 anni dal conseguimento in favore di farmacisti abilitati.

I richiamati indici di carattere testuale non sembrano, però, dirimenti, per affermare il superamento del principio di inscindibilità tra titolarità e gestione delle farmacie comunali. Si tratta, infatti, di norme contemplanti ipotesi residuali e circostanziate, le cui peculiarità non consentono di ricostruire una logica di settore antitetica a quella sopra ricostruita, ma anzi confermano la sussistenza della stessa.

Quanto al primo dato testuale si è già evidenziato (§ 5.1.1.) che il legislatore ha effettuato con il TUEL una scelta antitetica, mantenendo il modello delineato con l’art. 12 della L. n. 498/1992, espressamente, solo per i servizi privi di rilevanza economica ed in ogni caso eliminando l’inciso normativo che faceva espresso riferimento ad una deroga all’art. 9 della Legge Mariotti.

Con riferimento al secondo dato normativo, il richiamo all’art.100, comma 1-bis del D.lgs. 219/06 non solo non è dirimente, ma anzi sembra suffragare la tesi opposta dell’inammissibilità di una generalizzata esternalizzazione della gestione delle farmacie comunali: se quest’ultima opzione fosse già ammessa dall’ordinamento non avrebbe alcun senso la norma *de qua*, che invece intende proprio consentire, per i grossisti, ciò che altrimenti non sarebbe possibile in quanto non ammesso dall’art. 9 della L. Mariotti.

Quanto al terzo elemento normativo (la disciplina del trasferimento della titolarità della farmacia comunale), la Sezione ha avuto già modo di osservare che «*tale possibilità è contemplata solo a valle di un materiale e significativo esercizio della gestione della farmacia prelazionata, con l’approntamento della necessaria organizzazione d’impresa e lo svolgimento dell’attività sociale; solo in un secondo momento, esaurita la funzione della prelazione comunale, lo stesso ordinamento contempla la possibilità trasferire la titolarità della sede collocandola sul mercato, ovviamente* “*solo a favore di farmacista che abbia conseguito la titolarità o che sia risultato idoneo in un precedente concorso*” *(art. 12 L. n. 475/1968, richiamato dall’ultimo comma dell’art. 15-quinquies del D.L. n. 415/1989), ovviamente nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica per la cessione di beni del patrimonio degli enti pubblici*»(SRC Campania n. 260/2014/PRSP).

Da ultimo, peraltro, vale la pena di segnalare l’introduzione un divieto espresso di vendita per le farmacie prelazionate istituite in base alla decretazione d’urgenza recante “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività” (D.L. n. 1/2012, conv. L. n. 27/2012): l’art 11, comma 10 ha disposto che tutte le farmacie istituite ai sensi del comma 1, lettera b), dell'art.11 del D.L. n. 1/2012 (vale a dire quelle istituite nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti civili a traffico internazionale, ecc.) fino all'anno 2022, devono essere offerte in prelazione ai comuni in cui le stesse hanno sede e: «*I comuni non possono cedere la titolarità o la gestione delle farmacie per le quali hanno esercitato il diritto di prelazione ai sensi del presente comma. In caso di rinuncia alla titolarità di una di dette farmacie da parte del comune, la sede farmaceutica è dichiarata vacante*».

In definitiva, il legislatore ha previsto espressamente un divieto di alienazione delle sedi farmaceutiche previste in aggiunta alla pianificazione ordinaria, in ottica pro-concorrenziale (art. all’art. 11, comma 1 e 10, del D.L. 1/2012), mentre comunque, in generale, l’alienazione della farmacia comunale, potrà avvenire solo una volta soddisfatta la *ratio* sociale della prelazione medesima, in quanto non può ammettersi un utilizzo meramente strumentale ed “economico” della prelazione.

La disciplina dell’alienazione delle farmacie comunali, dunque, appare un’evidenza logica e sistematica ulteriore dell’inammissibilità di una separazione tra titolarità e gestione (in questo senso TAR Piemonte, Sez II, n. 767/2013).

**5.1.2.2.** Per altro verso, non vale a suffragare l’orientamento favorevole all’estensione della modalità di gestione a mezzo di società mista a prevalente capitale privato nel settore delle farmacie la tesi secondo la quale l’evoluzione del modello di gestione previsto dall’art. 9 della Legge Mariotti sarebbe imposto dall’Unione europea ed in particolar modo dal correlato diritto per la concorrenza.

In proposito, occorre ricordare che la concorrenza costituisce altresì un principio immanente al nostro ordinamento interno, ivi radicato già prima della sua espressa menzione nel testo della carta costituzionale con la riforma del 2001 (cfr. per tutti Corte costituzionale sent. n. 14/2004). In proposito, sempre la Corte costituzionale ha più volte affermato (sent. nn. 325/2010 e 46/2013) che la disciplina comunitaria contiene principi minimi ed indefettibili per la tutela del richiamato principio, fermo restando che il Legislatore nazionale mantiene *naturaliter* un “margine di apprezzamento” in virtù del quale può ben prevedere *standards* di tutela più elevati di concorrenza, ovvero una maggiore flessibilità, ma solo in funzione degli obiettivi “sociali” e collettivi di cui all’art. 3, comma 2, e 41, commi 2 e 3, Cost. (cfr. C. cost. n. 270/2010, punto 8 e 8.1)

Ciò premesso, la restrizione dei modelli di affidamento non persegue affatto una logica anticoncorrenziale, ma semmai l’esatto contrario.

Se da un lato la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ha ritenuto compatibile col diritto comunitario le legislazioni nazionali che impongono, ad esempio, distanze minime per l’apertura di nuove farmacie, in quanto i Trattati ben ammettono restrizioni alla libertà di stabilimento giustificate dall’obiettivo di garantire alla popolazione una fornitura di medicinali sicura e di qualità (Corte di Giustizia UE, sentenza 1 giugno 2010, C- 570/ 2007), per altro verso, non può ignorarsi che la concessione a terzi (o altre forme contrattuali che istituiscano a favore di un soggetto “diritti speciali”, cfr. art. 106 TFUE) costituisca di per sé una deroga alle ordinarie procedure competitive che, nel sistema vigente, si svolgono per l’accesso alla titolarità delle farmacie, a livello regionale.

Le farmacie private, che fanno parte del sistema sanitario nazionale, sono infatti oggetto di una disciplina restrittiva all’accesso al mercato, a mezzo dell’autorizzazione regionale, per la quale, peraltro, è prevista una procedura concorsuale, per titoli ed esami, il cui esito è il conseguimento non della mera gestione, ma della titolarità delle farmacie, fermi restando gli obblighi di legge in chiave “sociale” derivanti dalla normativa di settore e dalla legislazione sul servizio sanitario nazionale.

In un ottica realmente pro-concorrenziale e nel rispetto del principio di proporzionalità, nulla impedirebbe, ai comuni, di stipulare apposite convenzioni con i titolari di farmacie private per garantire determinati standard qualitativi e quantitativi di servizio, per assolvere le richiamate funzioni “sociali”, quale, ad esempio, l’erogazione di prestazioni di servizi a condizioni di favore, per determinate categorie di utenza, oppure servizi accessori gratuiti, senza ricorrere, per il raggiungimento dello scopo, all’esercizio della prelazione e alla conseguente sottrazione della “titolarità” della sede dalla concorrenza.

Inoltre, l’eventuale confronto competitivo per la “gestione” del servizio in concessione o con forme negoziali che realizzano effetti analoghi (società mista a capitale privato prevalente), svolto a livello locale, dopo la prelazione, costituisce di per sé una *deminutio* dello standard di concorrenza “per” il mercato garantito a livello regionale, per due motivi: da un lato, per la riduzione dell’oggetto del confronto competitivo (il bene conseguibile non è la titolarità, ma solo la gestione della sede farmaceutica), per altro verso, per il potenziale effetto distorsivo che può produrre, in concreto, la dislocazione spazio-temporale del confronto competitivo dalla sede regionale a quella locale, nell’accesso al mercato (alterando l’identità e quantità dei possibili concorrenti: si pensi, all’ipotesi in cui si consenta, di fatto, a determinati soggetti, al momento del concorso regionale privi dei requisiti di partecipazione, di partecipare al confronto competitivo in sede locale o alla successiva individuazione, con il bando locale, di requisiti escludenti).

L’esegesi restrittiva della disciplina dell’art. 9 della Legge Mariotti, dunque, si manifesta in effetti come quella maggiormente conforme ai principi europei e costituzionali, attesa la necessità per l’interprete di conformarsi a quest’ultimi nell’interpretazione delle fonti “ordinarie” (cfr. per il diritto comunitario il *leading case* Corte Giust., 31 gennaio 1984, causa C-14/83, *von Colson* che fondava tale obbligo sull’art. 10 TCE che impone l’obbligo di fedeltà̀ degli Stati membri alla Comunità̀, oggi affermato addirittura per il diritto derivato e per le direttive non ancora scadute, cfr. Corte Giust., Gr. Sez., 5 ottobre 2004, cause riunite da c-397/01 a c- 403/01, *Pfeiffer*, per il diritto della CEDU cfr. Corte costituzionale sent. n. 239/2009, per il diritto costituzionale interno cfr. *ex plurimis* sent. nn. 356/1996 e 173/2016). Infatti, per quanto fin qui argomentato, tale opzione appare pienamente conforme e consente di dare, pur nella riconosciuta specialità del servizio, la massima attuazione:

* ai principi di concorrenza e proporzionalità (cfr. le Osservazioni dell’Avv. generale Tesauro nella causa C-68/89, Commissione c. Paesi Bassi sulle misure restrittive della concorrenza da parte delle legislazioni nazionali; cfr. altresì Cfr. sentenze Corte Edu, *Campbell e Fell v. UK,* ric. N. 7819/77 del 28 giugno1982, par. 144 e *Campbell v. UK,* ric. N. 1358/88 del 25 marzo 1992, par. 52-53);
* il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale (art. 118, quarto comma Cost.).

Si soggiunga che, in concreto, anche a volere ammettere una interpretazione estensiva dell’art. 9, la separazione tra titolarità e gestione non può giungere ad un’applicazione abusiva dei diritti e delle liberà comunitarie (art. 54 Carta di Nizza) che anziché favorire la concorrenza, possono invero determinarne la compressione, favorendo fenomeni ingiustificati di concentrazione, senza una selezione meritocratica, quanto meno per le adesioni al Consorzio successive alla originaria gara per l’individuazione del socio privato nella società mista, di secondo livello, INCOFARMA (cfr. *infra*).

Né tantomeno si può ritenere rispettato il dettato normativo dell’art. 9 della Leggi Mariotti considerando che in realtà i comuni si limitano a conferire le licenze prelazionate e a gestirle a mezzo di un consorzio (previsto nell’elenco del prefato art. 9), salvo poi esternalizzare la gestione con la descritta società mista INCOFARMA.

**5.1.3.** Infine, occorre chiarie che sul merito della legittimità di tale costituzione non esiste, allo stato attuale e sulla base di quanto agli atti, un rischio di contrasto tra giudicati.

In proposito (cfr. § 6 *in fatto*), si osserva che:

* la controversia sulla legittimità della originaria costituzione si è conclusa con una pronuncia di rito per tardività dei ricorsi;
* il precedente citato in contraddittorio dal CISS e da altri comuni intervenuti (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 1288/2010) per affermare l’esistenza di una “cosa giudicata” in termini favorevoli rispetto alla possibilità di costituzione di una siffatta società mista e di una successiva adesione di altri comuni (con conferimento automatico di ulteriori licenze), invero è inconferente, in quanto non conferma la validità dell’operazione economica, ma respinge (annullando senza rinvio una sentenza di merito emessa dal TAR Campania, Napoli n. 14697/2008) per motivi processuali il ricorso di primo grado, in quanto tardivo. Infatti, i ricorrenti privati, sottolinea il Consiglio di stato, avrebbero dovuto rivolgere le loro doglianze non al decreto regionale di autorizzazione all’apertura di una sede farmaceutica, ma direttamente verso la deliberazione di adesione al CISS, che prevede in modo automatico il conferimento delle licenze prelazionate; soggiunge altresì che «*In tale contesto, l’autorizzazione regionale, impugnata in primo grado, si è limitata a verificare la presenza dei requisiti soggettivi per l’esercizio dell’attività, senza alcuna valutazione in ordine alla correttezza del modulo organizzativo*». Sono state travolte, dunque, le considerazioni in merito svolte dal giudice delle prime cure.
* sono pendenti in appello i giudizi sulle controversie concernenti il rifiuto della Regione Campania al rilascio dell’autorizzazione all’apertura di nuove sedi, sulla legittimità del recesso dal Consorzio di alcuni soci, sulla decadenza da alcune prelazioni eserciate da comuni aderenti.

**5.1.4.** In definitiva, la Sezione accerta l’illegittimità originaria della costituzione della società INCOFARMA a mezzo del CISS eppur tuttavia, atteso gli obblighi di conformazione che dalle pronunce di controllo derivano per gli enti controllati, ritiene di specificare quanto segue.

Nel nostro ordinamento vige la presunzione di legittimità degli atti amministrativi, la quale può essere travolta solo con accertamenti costitutivi da parte degli organi giurisdizionali aditi coi mezzi, nei limiti e nei termini decadenziali di legge (cfr. artt. 29 e 30 c.p.a.), in sede contenziosa, ovvero con un atto della pubblica amministrazione medesima in sede di autotutela.

La giurisdizione di controllo, in sede successiva, svolge nel sistema la funzione di rendere evidenti illegittimità, non legate alla visione e agli interessi soggettivi di “parti”, ma collegate ad interessi diffusi quali la tutela del buon andamento e della imparzialità della pubblica amministrazione, in particolare, attraverso il rispetto delle norme sulla contabilità pubblica di cui quelle per la corretta assegnazione delle commesse costituiscono parte integrante.

In caso di esito negativo del controllo, in assenza di specifiche conseguenze di legge, relativamente alle irregolarità normative rilevate, resta fermo il dovere di riesame delle criticità evidenziate dalla Corte dei Conti da parte dell’Amministrazione al fine del ripristino della regolarità amministrativa e contabile, come esplicitamente affermato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 198/2012), con l’obbligo di porre in essere, in ossequio a costante approdo della giurisprudenza, un procedimento di secondo grado per rimuovere le ridette irregolarità (si ricade nella casistica di “autotutela doverosa” che, come noto, comprende «*l'ipotesi di illegittimità dell'atto dichiarata da sentenza passata in giudicato del giudice ordinario, e quella di illegittimità dell'atto dichiarata da un'autorità di controllo priva del potere di annullamento. È, peraltro, pacifico in giurisprudenza che per gli atti che esplicano effetti giuridici ripetuti nel tempo il principio di legalità impone all'Amministrazione il loro adeguamento in ogni momento al quadro normativo di riferimento. In tali ipotesi l'interesse pubblico all'esercizio dell'autotutela è "in re ipsa" e si identifica nella cessazione di ulteriori effetti "contra legem" cfr. Consiglio di Stato VI, sentenza 17 gennaio 2008, n. 106*» T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, sentenza 3 aprile 2012, n. 1527).

Tuttavia, nel caso delle illegittimità collegate a procedure di aggiudicazione, gli effetti dell’autotutela devono essere necessariamente proporzionati ad “esigenze imperative” che possono portare ad una modifica di atti e comportamenti della pubblica amministrazione, con effetto limitato nel tempo, come ormai emerge dalla disciplina degli effetti delle sentenze che accertano tempestivamente l’illegittimità in sede contenziosa.

 Anche in sede di autotutela, infatti, l’ordinamento non ammette automatismi in base alla mera rilevazione di una illegittimità, ma subordina il ritiro degli atti alla sussistenza di un interesse pubblico specifico e concreto ulteriore, “di norma” considerato *in re ipsa* a fronte di atti aventi effetti permanenti nel tempo e a fronte dell’accertamento di un’illegittimità da parte della magistratura del controllo.

Tale automatismo non può sussistere nemmeno in relazione al *quomodo* dell’autotutela, in ragione della peculiare cautela che l’ordinamento assume a fronte di situazioni stabilizzate nel tempo, a valle di aggiudicazioni illegittime.

La peculiare rilevanza di tale interesse, in termini di tutela dell’affidamento e continuità dell’amministrazione, come si accennava, emerge in tutta evidenza nelle recenti riforme del processo amministrativo che consentono, persino in sede contenziosa, di limitare gli effetti della pronuncia del giudice amministrativo, prevedendo, in determinate circostanze, in luogo della tutela caducatoria, le c.d. “sanzioni alternative”.

Con l’art. 121 c.p.a., infatti, il Legislatore ha innovativamente introdotto la possibilità di limitare nel tempo gli effetti dell’accertamento costitutivo dell’illegittimità, in presenza di determinate “esigenze imperative” «*connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate*» .

Appare evidente che, anche in questo caso, in sede di autotutela, la stratificazione negli anni del contratto di società, la creazione di una fitta rete di relazioni giuridiche ed economiche da parte del socio privato che ha strutturato il proprio piano industriale confidando nella stabilità del rapporto, costituiscono un diaframma alla automatica rimozione dei soggetti giuridici *medio tempore* creati o al recesso dal Consorzio, per l’esigenza di garantire la continuità dell’amministrazione e allo stesso tempo evitare un contenzioso che poterebbe danneggiare sia la finanza dei comuni aderenti, sia la garanzia del servizio alle comunità territoriali interessate.

Per l’effetto, considerata l’attuale *mission* esercitata dal Consorzio (incentrata sulla partecipazione in INCOFARMA, in base alla quale provvede: alla collezione delle licenze prelazionate, automaticamente conferite nella società mista a capitale privato prevalente; all’esercizio dei diritti amministrativi ed economici correlati a tale partecipazione; al finanziamento di attività socio-sanitarie accessorie) l’accertamento della illegittimità originaria della modalità di gestione del servizio comporta peraltro l’impossibilità per il Consorzio di accettare ulteriori adesioni fino a modifica dell’art. 3 dello Statuto, nei termini e per le ragioni di seguito esplicitate.

**2) AUTOMATICO CONFERIMENTO DELLE “LICENZE” IN INCOFARMA**

**5.2.** Tanto premesso, la gestione a mezzo del CISS delle licenze farmaceutiche appare illegittimo sotto altro profilo, che prescinde sul punto della discussa legittimità dell’originario accertamento.

Viene in rilevo, in particolare, il meccanismo previsto dall’art. 3 dello Statuto del Consorzio che comporta l’affidamento diretto ad INCOFARMA della gestione di nuove sedi farmaceutiche attraverso la mera adesione al Consorzio da parte dei Comuni che ne siano divenuti titolari per effetto dell’esercizio del diritto di prelazione.

Per effetto della citata clausola statutaria, le delibere di mera adesione al CISS da parte di nuovi comuni hanno determinato l’affidamento diretto ad INCOFARMA delle sedi prelazionate con la conseguenza di sottrarre al meccanismo concorsuale l'affidamento di nuove farmacie e di impedire una qualunque forma di concorrenza per il mercato, per tutta la durata, trentennale, del sodalizio con il socio privato (ai sensi dell’art. 3 dell’atto costitutivo di INCOFARMA, infatti, la durata della società è fissata fino al 31 dicembre 2034).

Nella fattispecie, il confronto competitivo si è infatti limitato al momento della selezione del socio privato di INCOFARMA S.p.A.; tuttavia, l’espletamento “una tantum” della gara diretta alla scelta del socio privato (SOCIGESS Spa) non legittima i successivi automatici conferimenti ad un operatore di mercato (INCOFARMA) della gestione delle “licenze” di volta in volta prelazionate presso la Regione Campania dai Comuni consorziati.

Invero, come sopra evidenziato, anche l’orientamento più permissivo che ammette l’esternalizzazione della gestione delle farmacie comunali (Consiglio di Stato, sent. n. 5587/2014), richiede, com’è ovvio, il pieno rispetto dei principi comunitari di non discriminazione, di parità di trattamento e di trasparenza, con il conseguente obbligo di attuare procedure concorsuali che assicurino, nel caso di ricorso al mercato, affidamenti rispettosi del canone dell’imparzialità (Corte di Giustizia Ue 7 dicembre 2000, in causa C-324/98). In particolare, com’è noto, la giurisprudenza comunitaria limita la legittimità degli affidamenti diretti (cioè senza gara) alle sole ipotesi di affidamento a società *in house*, o a società miste nelle quali il socio privato sia selezionato con gara “a doppio oggetto”.

In particolare, si osserva che, in via generale, la presenza nella compagine della società affidataria di soci privati la cui partecipazione possa incidere in modo determinate sulla *governance* è senz’altro incompatibile con l’affidamento diretto del servizio, in quanto si individua in tal caso un’entità formalmente e sostanzialmente distinta dall’amministrazione aggiudicatrice, determinandosi una violazione di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, giacché tale opzione “esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi" (sent. 11.1.2005 in causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau).

Lungo la linea interpretativa seguita dalla Commissione Europea nella Comunicazione del 5 febbraio 2008 sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), è stata tuttavia riconosciuta la legittimità dell’affidamento di un servizio pubblico a società a partecipazione mista pubblica-privata a condizione che la selezione del socio privato avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica che abbiano ad oggetto la qualità di socio e l’attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (c.d. detta gara a “doppio oggetto” cfr. *ex multiis*, Corte di Giustizia, causa C-196/08, sentenza 15 ottobre 2009 e Ad. Plen n. 1/2008).

Tuttavia, perché la selezione del socio privato possa considerarsi rispettosa della concorrenza deve avvenire ad alcune condizioni ulteriori:

* l’oggetto deve essere definito e determinato dal punto di vista sia quantitativo che qualitativo, mentre ogni affidamento ulteriore rispetto a quanto previsto nell’originaria procedura ad evidenza pubblica deve essere oggetto di una nuova procedura di gara. La società mista, infatti, opera nei limiti dell’affidamento iniziale e non può ottenere senza gara ulteriori missioni che non siano già previste nel bando originario, non potendosi considerare ammissibile una società mista «aperta», cui affidare, in via diretta, dopo la sua costituzione, un numero indeterminato di servizi pubblici (cfr. Cons. Stato, Sezione V, 13 febbraio 2009, n. 824, Cons. Stato, Sezione VI, 23 settembre 2008, n. 4603).
* per analoghe ragioni l’oggetto della gara deve avere una precisa durata temporale (Consiglio di Stato, sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214).

D’altro canto, una precisa definizione qualitativa, quantitativa e temporale del servizio messo a gara appare strumentale al corretto dispiegamento della concorrenza in sede di scelta del socio operativo, in quanto rilevante ai fini della verifica “dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell’offerta in considerazione delle prestazioni da fornire” (Corte di Giustizia, causa C-196/08, sentenza 15 ottobre 2009).

Nel caso in esame, in ossequio ai citati principi, la società INCOFARMA avrebbe potuto operare solamente nei limiti dell’affidamento iniziale, cioè per la gestione delle sedi farmaceutiche prelazionate dai comuni che già aderivano al CISS al momento della costituzione della società, mentre i successivi conferimenti di sedi farmaceutiche sono avvenuti di fatto in assenza di selezione competitiva, con un affidamento diretto determinando, dunque, in concreto, il rastrellamento e la concentrazione delle “licenze” presso un solo soggetto privato (INCOFARMA) con danno alla concorrenza e, indirettamente, con un potenziale danno alle finanze dei comuni interessati.

Infatti, il Consiglio di Stato (Sez. III, sentenza del 13 novembre 2014, n. 5587), pur pronunciandosi a favore dell’ammissibilità di forme di gestione alternative a quelle individuate dalla legge Mariotti, ha enucleato limiti e condizioni assai precisi all’affidamento diretto evidenziando aspetti di estrema rilevanza. Segnatamente:

* il servizio pubblico farmaceutico deve essere svolto in modo che siano garantiti gli obiettivi di rilevanza sociale che ne giustificano l'istituzione;
* è illegittimo l’affidamento a terzi della gestione di una nuova farmacia comunale attraverso l'istituto dell'accordo/convenzione tra enti (di cui all'art. 30 del D.lgs. n. 267 del 2000), in assenza di un confronto concorrenziale e di una valutazione comparativa delle possibili offerte degli altri operatori del mercato;
* l’affidamento diretto può essere fatto solo in presenza di un “controllo analogo” sull’azienda affidataria.

Gli affidamenti successivi allo svolgimento della gara per la scelta del socio di maggioranza e, dunque, alla costituzione della Società mista INCOFARMA, non sono, invece, conformi ai soprarichiamati principi, in quanto, come da ultimo evidenziato dalla stessa Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM, AS 1261 del 5 febbraio 2016), realizzano di fatto un affidamento diretto del servizio di gestione delle farmacie comunali, aggirando così la normativa italiana e comunitaria sull'affidamento *in house*.

In proposito si rammenta che ai sensi dell’art. 1 dello Statuto del CISS: «Al Consorzio possono aderire, su loro espressa richiesta, altri Comuni senza limiti numerici e senza limitazioni territoriali; l'adesione deve essere approvata dall’Assemblea Consortile»; e che ai sensi dell’art. 3 «L'adesione di un Comune al Consorzio, se richiesta ed accettata dopo che il Consorzio abbia già affidato a detti altri consorzi e/o a dette società pubbliche, miste e/o private l'espletamento di tutte o parte delle attività rientranti nel suo scopo sociale comporta per il Comune nuovo consorziato l'automatico trasferimento all'indicato consorzio e/o alla medesima società degli stessi servizi già affidati a loro dal consorzio, per quanto di sua competenza».

Si tratta, infatti, di conferimenti automatici di licenze che, per la potenziale apertura del consorzio a tutti i comuni interessati, senza limiti numerici e territoriali, e per il lungo lasso temporale di durata della società, rendono indeterminato l’oggetto del contratto pubblico originariamente stipulato col socio privato.

La società INCOFARMA, infatti, è un soggetto privato, su cui in comuni non hanno alcun controllo “analogo” in punto di *governance*. Ciò nonostante, le assegnazioni delle sedi farmaceutiche successive alla gara tenutesi al momento della sua costituzione sono intervenute senza un gara pubblica, con un affidamento diretto che si realizza tramite il combinato disposto dell’adesione al consorzio e delle prescrizioni dell’art. 3 del suo Statuto.

La società INCOFARMA S.p.A., pertanto, per tali sedi farmaceutiche, è di fatto assegnataria diretta della concessione per l’erogazione del  servizio in questione, attraverso lo strumento del consorzio e del suo statuto, eludendo la disciplina sui contratti pubblici.

Ne consegue che costituiscono una violazione diretta dei principi comunitari e interni di concorrenza quantomeno tutti i conferimenti di “licenze” avvenuti in modo automatico e successivo ai sensi dell’art. 3 dello Stato, in quanto la stessa clausola deve ritenersi contraria ai richiamati principi.

Il CISS e i soggetti controllati, peraltro, in merito a tale ricostruzione hanno opposto i seguenti argomenti difensivi:

* la possibilità di adesioni successive a società già istituite è prevista dall’art. 4 del D.P.R. 533/1996 (e indirettamente dall’oggi vigente art. 8 del D.lgs. n. 175/2016), secondo cui « *L'ingresso di altri enti locali nella società già costituita avviene mediante un corrispondente aumento del capitale sociale*», ed è pertanto prevista come ipotesi fisiologica dallo stesso ordinamento. La tesi dell’illegittimità presupporrebbe, pertanto, la necessità di sollevare una questione di legittimità costituzionale di tali norme;
* la partecipazione ed adesione a società mista non è equiparabile ad un nuovo affidamento diretto di una concessione.

Le obiezioni non sono fondate.

Il riferimento all’art. 4 del D.P.R. 533/1996 che, in primo luogo, come si è sostenuto, non era norma applicabile al settore delle farmacie, e – in ogni caso –non è sottoponibile a sindacato di costituzionalità incidentale in quanto di rango regolamentare, non può legittimare automatiche e indirette adesioni alla società partecipata già costituita e il conferimento automatico delle licenze prelazionate.

Infatti, la norma riconosce un potere sostanziale e negoziale della pubblica amministrazione, alla stregua di quello che attiene la stipulazione di un qualsiasi altro contratto attivo o passivo; per altro verso, un simile riconoscimento non esclude, ma anzi evoca ed impone, il necessario e presupposto rispetto dei principi generali di trasparenza e concorsualità alla base della disciplina delle procedura ad evidenza pubblica.

In secondo luogo, l’adesione al CISS comporta automaticamente la scelta di un modulo gestorio ed il conferimento delle licenze prelazionate, come correttamente evidenziato dal Consiglio di stato sez. V, sentenza n. 1288/2010.

Come già osservato, in continuità con l’interpretazione dell’Adunanza plenaria n. 1/2008, il contratto di società stipulato per addivenire ad un partenariato pubblico-privato realizza uno schema funzionale analogo al contratto di concessione, cui pertanto deve essere estesa la disciplina dell’evidenza pubblica selezionando i soci non solo per le proprie caratteristiche finanziarie, ma anche per quelle operative. Questo, ovviamente, non può non valere anche in caso di adesioni successive come dimostra del resto l’odierna disciplina dell’art. 8 del D.lgs. n. 175/2016 per cui sono previste le stesse modalità amministrative contemplate per la costituzione.

Poiché l’acquisto indiretto di una partecipazione in INCOFARMA si realizza automaticamente con l’adesione al CISS, ne consegue che la procedura di evidenza pubblica deve precedere la stessa adesione al CISS.

In definitiva, la possibilità di adesioni successive ad una società partecipata non è esclusa, ma in tal caso, avvenendo questa in modo indiretto e automatico attraverso l’adesione al CISS, si impone ai comuni che intendono aderire, la necessità di esperire una gara a cui eventualmente anche il CISS potrà partecipare, valorizzando la propria offerta “industriale”; infatti tale norma non esclude che tale adesione sia preceduta da un confronto competitivo tra più soggetti eventualmente in grado, alla stregua del CISS, di assicurare la gestione e l’erogazione del servizio in modo associato o individuale.

Per l’effetto, il CISS è tenuto ad attivarsi adottando le misure correttive conformi a quelle già deliberate dall'assemblea consortile del 11 marzo 2016, in cui (approvando all'unanimità il deliberato dcl CdA consortile del 21 febbraio 2016) si prevede di addivenire all’abrogazione dell'art. 3 dello statuto consortile, limitatamente alla parte di seguito indicata: «*L'adesione di un Comune al Consorzio, se richiesta ed accettata dopo che il Consorzio abbia già affidato a detti altri consorzi e/o a dette società pubbliche, miste e/o private l'espletamento di tutte o parte delle attività rientranti nel suo scopo sociale comporta per il Comune nuovo consorziato l'automatico trasferimento all'indicato consorzio e/o alla medesima società degli stessi servizi già affidati a loro dal consorzio, per quanto di sua competenza*».

**3) ORGANIZZAZIONE E CARENTE CONTROLLO SULLA PARTECIPATA INDIRETTA INCOFARMA**

**5.3.** Come già evidenziato dalla Sezione Autonomie (Deliberazione n. 24/SEZAUT/2015/FRG) e da numerose Sezioni regionali di controllo (cfr. *ex multis* SRC Veneto, n.181/2015/PRSP), il D.L. n. 174/2012 ha ridisegnato il sistema dei controlli interni sulle società̀ partecipate non quotate e sugli altri organismi partecipati, i quali “sono esercitati dalle strutture proprie dell’ente locale, che ne sono responsabili” (art. 147-*quater*, d.lgs. n. 267/2000). Trattasi di un controllo effettuato attraverso la definizione di obiettivi gestionali, il monitoraggio periodico dell’andamento della società̀ e l’analisi degli eventuali scostamenti, al fine di adottare opportune azioni correttive.

Nonostante alcune aporie semantiche (cfr. § 2.2. della richiamata pronuncia della Sezione autonomie), il perimetro del controllo interno sugli organismi partecipati presenta una maggiore ampiezza rispetto alla rubrica del citato art. 147- *quater*, dedicato ai “Controlli sulle società̀ partecipate non quotate”.

Ciò̀ è avvalorato anche dalla previsione dell’art. 147-quinquies, comma 3, TUEL secondo cui: «*Il controllo sugli equilibri finanziari implica anche la valutazione degli effetti che si determinano per il bilancio finanziario dell’ente in relazione all’andamento economico-finanziario degli organismi gestionali esterni*».

Infine, in questo stesso senso depone anche la formulazione dell’art. 148-bis TUEL, ai sensi del quale «*le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti accertano altresì̀ che i rendiconti degli enti locali tengano conto anche delle partecipazioni in società̀ controllate e alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività̀ locale e di servizi strumentali all'ente*».

Ne consegue che una carenza organizzativa sul sistema dei controlli interni costituisce di per sé una grave irregolarità che può ridondare, per consolidato orientamento della giurisprudenza contabile (cfr., per tutte, Corte dei conti, Sezione giurisdizionale Umbria, sentenza n. 354 dell'8 novembre 2006), in caso di scelte del tutto irrazionali e antieconomiche, in una responsabilità̀ per danno erariale dei pubblici amministratori.

Tanto premesso, la Sezione osserva che, stante l’illegittimità originaria della scelta del modello di gestione, il sistema dei controlli interni non appare adeguato e proporzionato alla situazione concreta, richiedendosi l’istituzione di meccanismi di controllo da parte dei comuni sulla gestione delle farmacie, a mezzo del CISS, in grado di verificare costantemente la gestione del soggetto partecipato, sia in punto di diritto che in punto di efficienza e redditività.

Si ricorda che ai sensi dell’art. 2 dei patti parasociali «l*e parti convengono che al C.I.S.S. sia riservata la nomina di quattro membri del Consiglio di Amministrazione, tra i quali il Presidente del C.d.A. e Vice Presidente del C.d.A. con i poteri come da statuto, e che alla parte privata SOC.I.GE.SS. S.p.a. sia attribuito il diritto di nominare complessivamente cinque consiglieri e che ad uno di essi spetterà inderogabilmente la carica di Amministratore Delegato, con poteri di amministrazione ordinaria nei limiti di cui all'art. 2381 c.c. e quindi con l'esclusione delle attribuzioni di cui agli articoli 2423, 2443, 2446 e 2447, 2501 ter e 2506 bis c.c.. Quanto al collegio sindacale le parti convengono che al C.I.S.S. sia riservata la nomina di due membri effettivi oltre ad uno supplente, ed alla parte privata sia attribuito complessivamente il diritto di designare un sindaco effettivo che ricoprirà la carica di Presidente, del Collegio, nonché un membro supplente*».

In virtù di patti parasociali, dunque, è assicurato al socio privato il controllo della *governance* societaria, salva la garanzia della compresenza dei rappresentanti della parte pubblica.

Per quanto concerne il consiglio di amministrazione di INCOFARMA, ai sensi dell’art. 2 dei richiamati Patti:

* il CISS nomina 4 consiglieri (tra i quali vendo eletti il Presidente ed il Vicepresidente del C.d.A.)
* SOCIGESS nomina 5 consiglieri e individua tra gli stessi l’Amministratore Delegato (con poteri di amministrazione ordinaria nei limiti di cui all'art. 2381 c.c. e quindi con l'esclusione delle attribuzioni di cui agli articoli 2423, 2443, 2446 e 2447, 2501 ter e 2506 bis c.c.).

Con la modifica dell’art. 16 Statuto della società (Assemblea straordinaria 30 aprile 2008) il Consiglio di Amministrazione può essere composto da un minimo di 5 ad un massimo di 9 membri. La parte pubblica, nell’attuale C.d.A. composto da 5 membri, si vede riservati 2 consiglieri su 5 (Presidente e Vicepresidente, rispettivamente, attualmente, il Sindaco in carica il Sindaco in carica del Comune di Castel Volturno e quello del Comune di Sant' Antonio Abbate).

Per quanto concerne il Collegio sindacale di INCOFARMA, sempre in base agli stessi patti parasociali:

* al CISS è riservata la nomina di due membri effettivi oltre ad uno supplente del Collegio sindacale;
* al socio privato spetta la nomina del terzo componente (e di un supplente) che ricopre il ruolo di Presidente del collegio.

Il CISS e i comuni controllati fanno osservare che in tema di controlli l’art. 4 del D.P.R. 533/1996 riserva alla parte pubblica un peso decisamente minore: all'ente pubblico spetta nominare solamente un componente del CdA e uno del collegio dei revisori.

Inoltre, soggiungono, l'art. 8 del contratto di servizio tra CISS - INCOFARMA S.p.A. – SOCIGESS S.p.A., prevede che il Consorzio può, in qualunque momento: eseguire visite conoscitive nei locali delle Farmacie e in quelli comunque utilizzati per l'espletamento del servizio; effettuare indagini di mercato per verificare il grado di soddisfazione dell'utenza sullo svolgimento del servizio; verificare periodicamente lo stato di attuazione del programma di servizio.

L’obiezione non può essere accolta.

Le osservazioni, infatti, partono dall’errato presupposto di conformità del modello di gestione CISS/INCOFARMA alla legge.

Come ampiamente argomentato dalla Sezione, il presupposto non sussiste e per l’effetto occorre individuare un sistema di controlli adeguato alla realtà in assenza di un parametro normativo espresso applicabile.

Di questa necessità, del resto, sembrano avere, da tempo, piena contezza il Consorzio e i comuni che vi partecipano.

Da un Verbale CISS del 2011 (allegato 36.1 alla relazione del D.G.) si legge: «*In merito prende la parola il Sindaco di [omissis] che sottolinea il proprio dissenso rispetto alla gestione ed ai servizi erogati dalla farmacia comunale gestita dall'lNCO.FARMA. Inoltre ritiene scarsi i controlli sulle farmacie e afferma che non vengono svolte iniziative sul proprio Comune, nonché al fatto che non sono state prese in considerazione le sue richieste rispetto al prolungamento dell'orario di lavoro e all'autoambulanza, nonché all'assunzione di più personale nella sede farmaceutica del proprio comune per potenziare i servizi offerti. Interviene, l’Assessore del Comune di [omissis], il quale chiede che venga approvato il Regolamento per l’istituzione del Comitato di Vigilanza e Controllo sulle sedi farmaceutiche* […] *In particolare il Direttore rende noto quanto già discusso in precedenza in merito all'istituzione del Comitato di Vigilanza e Controllo, che lo stesso è già stato oggetto di discussione nell'ultima assemblea, ma non è stato purtroppo ancora approvato da parte degli organi competenti (CdA e Assemblea)*».

Dai documenti istruttori risulta che ancora l’anno successivo, il CISS si limitava ad istituire un gruppo di lavoro deputato alla elaborazione del ridetto regolamento (allegato 36.1, pag. 21).

Sul punto i comuni, a valle della ord. n. 218/2015, hanno rassegnato la relazione citata del CISS in cui, nel confermare la ricostruzione sopra riportata, ci si limita ad osservare che: «*tale comitato di vigilanza e controllo non è attualmente previsto dallo statuto INCO.FARMA e non era presente neppure negli atti di gara al tempo disposti dal CISS*».

La mancata costituzione di tale organo è stata confermata con le memorie e la successiva adunanza pubblica.

La Sezione, peraltro, prende atto che, *medio tempore*, nell'assemblea consortile del 11 marzo 2016 è stato approvato all'unanimità il deliberato dcl CdA consortile del 21 febbraio 2016 con cui si prevede “*L'istituzione di un comitato di controllo a cui affidare fa verifica periodica della corretta applicazione del contratto di servizio attualmente in essere con la Socigess spa e la lnco.Farma spa ,al fine di attuare incisive forme di controllo analoghe a quelle realizzate dagli enti locali per le società c.d. in house*”.

\*\*\*

In conclusione, sulla base delle considerazioni, in fatto e in diritto, sopra esposte, si accerta: a) l’irregolarità originaria, per la mancata applicazione della normativa speciale, del modulo predisposto per la gestione delle sedi farmaceutiche prelazionate, effettuata a mezzo di società mista a capitale privato prevalente (sebbene attraverso il diaframma organizzativo di un consorzio di diritto pubblico, in conformità all’art. 9 della Legge Mariotti); b) l’illegittimità del conferimento automatico nella nuove licenze prelazionate a beneficio della predetta società mista; c) il non adeguato sistema dei controlli interni.

Di conseguenza, a garanzia del principio di proporzionalità e continuità amministrativa, gli enti interessati sono tenuti ad attivarsi per limitare, *ex nunc*, gli effetti di tali irregolarità:

* non ammettendo nuovi soci al consorzio fino a modifica dell’art. 3 dello Statuto del CISS;
* provvedendo a modificare l’art. 3 del CISS, eliminando la possibilità di conferimenti automatici di nuove licenze farmaceutiche ad INCOFARMA;
* adeguando il sistema dei controlli interni, in misura tale da consentire la costante verifica del funzionamento della società mista indirettamente partecipata nonché l’adeguatezza degli *income-returns*.

*Ha collaborato all’istruttoria la D.ssa Mariella Iacono*