



RELAZIONE ISTRUTTORIA sul nuovo statuto di Farmacie Comunali Pisa S.p.A.

Premessa

Il Comune di Pisa, con Delibera della G.C. n. 39 del 26.02.2002, avviò lo studio di fattibilità per valutare le possibili modalità di gestione esternalizzata delle farmacie comunali, fino ad allora gestite in economia. Sulla base dei risultati del suddetto studio, con Delibera C.C. n. 12 del 27.02.2003, il Comune di Pisa optò per la costituzione di società mista, tra lo stesso Ente ed i dipendenti farmacisti, ai sensi della lett. d), comma 1, dell'art. 9 della Legge 475/1968 ("Norme concernenti il servizio farmaceutico", altrimenti detta "Legge Mariotti").

La società, denominata "Farmacie Comunali Pisa S.p.A." (d'ora in avanti "FCP"), è stata costituita in data 22.04.2003 con atto rep. 54230, fasc. 77, rogato dal Vice Segretario Generale del Comune di Pisa, con capitale suddiviso tra l'Ente (95% delle azioni) ed i n. 10 farmacisti che erano alle dipendenze del Comune alla data del 31.12.2002, proprietari ciascuno dello 0,5% delle azioni complessive.

Nel corso del tempo la compagine sociale è mutata per effetto del collocamento a riposo dei farmacisti soci fino ad arrivare all'odierna situazione che vede il Comune di Pisa possedere il 99,5% del capitale sociale; l'ulteriore 0,5% del capitale è posseduto da un dipendente farmacista, attualmente in servizio presso una delle farmacie comunali gestite dalla Società.

Con atto del 31.05.2003, rep. 54242, fasc. 89, a rogito del Vice Segretario Generale del Comune di Pisa, sono stati sottoscritti, tra l'Ente e la Società, la disciplina dei rapporti tra le parti per il servizio di gestione delle farmacie comunali (Contratto di servizio) ed il Contratto di affitto del "*complesso dei beni organizzati per l'esercizio del servizio farmaceutico comunale di cui è titolare il Comune di Pisa*".

Con tali atti è stato quindi concretizzato l'affidamento del servizio di gestione delle farmacie comunali con scadenza a 20 anni dalla "*data del primo giorno del mese successivo alla stipulazione*" del Contratto di affitto, salvo anticipata estinzione della Società.

Ai sensi dell'art. 3 dello Statuto sociale, Farmacie Comunali Pisa S.p.A. ha durata fino al 21.04.2023.

Nel corso del tempo i contratti sono stati integrati con i seguenti atti:

- a rogito del Vice Segretario Generale del Comune di Pisa del 09.12.2009, rep. 55317, fasc. 207, con il quale sono state riviste alcune condizioni in merito al Contratto di affitto;
- a rogito del Segretario Generale del Comune di Pisa del 27.01.2012, rep. 55526, fasc. 412, con il quale:
 - sono state riviste alcune condizioni al Contratto di affitto per effetto della ricostituzione del capitale sociale a seguito delle perdite conseguite dalla Società;
 - sono state introdotte clausole più stringenti per favorire il controllo da parte del Comune sull'organizzazione e gestione della Società (discipline in materia di personale e incarichi, di acquisti, di organizzazione interna, contabilità analitica e controllo di gestione, budget e rendicontazione periodica e annuale).

A seguito della prossima scadenza della Società nonché dei contratti, si rende necessario rivedere le modalità di gestione delle farmacie comunali al fine di individuare quella più adeguata sia in termini di qualità dei servizi offerti che di convenienza economica e sostenibilità finanziaria, di efficacia ed efficienza.

L'Amministrazione comunale intende proseguire la gestione delle farmacie comunali mediante affidamento alla FCP in base alla normativa in materia di settore e secondo il modello della società *in house*.

La presente Relazione intende presentare le novità del nuovo statuto proposto, partendo dalla normativa in materia di società *in house* applicata alle società di gestione delle farmacie comunali, per terminare con le soluzioni scelte per FCP.



La vigente normativa in materia di società *in house* applicata alle società di gestione delle farmacie comunali

Le principali norme in materia di società *in house* sono contenute nel D.Lgs. 175/2016 ("Testo Unico Società a Partecipazione Pubblica", d'ora in avanti "TUSP"), ed in particolare nell'art. 16.

1. Le società in house ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

2. Ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo di cui al comma 1:

a) gli statuti delle società per azioni possono contenere clausole in deroga delle disposizioni dell'articolo 2380-bis e dell'articolo 2409-novies del codice civile;

b) gli statuti delle società a responsabilità limitata possono prevedere l'attribuzione all'ente o agli enti pubblici soci di particolari diritti, ai sensi dell'articolo 2468, terzo comma, del codice civile;

c) in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile.

3. Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci.

3-bis. La produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.

4. Il mancato rispetto del limite quantitativo di cui al comma 3 costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile e dell'articolo 15 del presente decreto.

5. Nel caso di cui al comma 4, la società può sanare l'irregolarità se, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, rinunci a una parte dei rapporti con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti. In quest'ultimo caso le attività precedentemente affidate alla società controllata devono essere riaffidate, dall'ente o dagli enti pubblici soci, mediante procedure competitive regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale. Nelle more dello svolgimento delle procedure di gara i beni o servizi continueranno ad essere forniti dalla stessa società controllata.

6. Nel caso di rinuncia agli affidamenti diretti, di cui al comma 5, la società può continuare la propria attività se e in quanto sussistano i requisiti di cui all'articolo 4. A seguito della cessazione degli affidamenti diretti, perdono efficacia le clausole statutarie e i patti parasociali finalizzati a realizzare i requisiti del controllo analogo.

7. Le società di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016.

Anche il "Codice dei contratti pubblici" di cui al D.Lgs. 50/2016, tratta gli affidamenti *in house*, e precisamente all'art. 192, come eccezione al principio della libera concorrenza e della scelta del contraente attraverso gare ad evidenza pubblica.

Inoltre l'ANAC ha emanato le "Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016", aggiornate da ultimo con Deliberazione del Consiglio n. 951 del 20 settembre 2017.

Per un resoconto sintetico della corposa giurisprudenza in materia di società *in house*, con specifico riferimento a quelle che gestiscono farmacie comunali, si riporta un estratto del parere del Consiglio di Stato, Sez. I, n. 687 del 30.03.2022, che riepiloga gli orientamenti ormai consolidati.

10.1. Rileva la Sezione che l'assistenza farmaceutica, ai sensi dell'art. 28, comma 1, della legge n. 833 del 1978 (di istituzione del servizio sanitario nazionale), è erogata dalle aziende sanitarie locali attraverso le farmacie, di cui sono titolari enti pubblici (comuni e aziende ospedaliere) o soggetti privati.

Sgombrando il campo da ipotesi alternative, per la Sezione il servizio farmaceutico va qualificato in termini di servizio pubblico di rilevanza economica. Infatti, come rilevato dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. III, 11 febbraio 2019, n. 992) l'esercizio di



una farmacia costituisce pubblico servizio, così come riconosciuto dall'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998 e, in particolare, va collocato tra i servizi di rilevanza economica (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 febbraio 2007, n. 637).

Per Corte Costituzionale 10 ottobre 2006, n. 87, "la complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci è infatti preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista".

10.2. Ulteriore questione attiene alle modalità gestionali delle farmacie comunali. Il d.l. 25 settembre 2009, n. 135, come convertito in l. n. 166/2009, ha escluso le farmacie comunali dall'ambito applicativo dell'art. 23-bis d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008 - esclusione confermata dall'art. 1, c. 3, lett. d), del d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 e poi dall'art. 4, co. 34, del d.l. n. 138/2011 (successivamente inciso dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012) e s.m.i. - stabilendo che le modalità gestionali delle farmacie comunali siano quelle di cui all'art. 9 della legge n. 475/1968, così come modificato dall'art. 10 della l. n. 362/1991 recante "Norme concernenti il servizio farmaceutico".

Le farmacie pubbliche, dunque, non risultano attratte nella sfera di applicazione delle norme concernenti i servizi pubblici locali. Il citato articolo 9 l. 475/68 dispone che "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 forme:

- a) in economia;
- b) a mezzo di azienda speciale;
- c) a mezzo di consorzi tra comuni per la gestione delle farmacie di cui sono unici titolari;
- d) a mezzo di società di capitali costituite tra il comune e i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui il comune abbia la titolarità. All'atto della costituzione della società cessa di diritto il rapporto di lavoro dipendente tra il comune e gli anzidetti farmacisti".

10.3. La giurisprudenza di questo Consiglio ha esaminato più volte la questione concernente l'ammissibilità di forme di gestione delle farmacie comunali non previste dall'articolo 9 della l. 475 del 1968, poiché, ad esempio fra le forme di gestione individuate dalla predetta norma speciale non è stato previsto l'affidamento in concessione a terzi.

Sul punto osserva la sentenza, sez. III, 13 novembre 2014, n. 5587, che lo stesso legislatore ha previsto forme di gestione del servizio farmaceutico comunale ulteriori rispetto a quelle indicate nell'art. 9 della legge 475 del 1968 che, dunque, non sono tassative.

Ed invero, "non si dubita ... che la gestione di una farmacia comunale possa essere esercitata da un comune mediante società di capitali a partecipazione totalitaria pubblica (in house), benché tale modalità non sia stata prevista dal legislatore del 1968 (e del 1991), in coerenza con l'evolversi degli strumenti che l'ordinamento ha assegnato agli enti pubblici per svolgere le funzioni loro assegnate; e non si dubita che la gestione possa essere esercitata, come si è accennato, anche da società miste pubblico/private (...), con il superamento del limite dettato dall'art. 9 della L. n. 475 del 1968, secondo cui la gestione poteva essere affidata a società solo se costituite tra il comune e i farmacisti. (...) L'affidamento della gestione è peraltro consentito in house a patto che il Comune eserciti sulla società un "controllo analogo" a quello che eserciterebbe su proprie strutture organizzative, nel concetto di controllo analogo essendo peraltro ricompresa la destinazione prevalente dell'attività dell'ente in house a favore dell'amministrazione aggiudicatrice."

È stato altresì chiarito con la stessa pronuncia che "si deve ritenere che un comune, nel caso in cui non intenda utilizzare per la gestione di una farmacia comunale i sistemi di gestione diretta disciplinati dall'art. 9 della L. 475 del 1968, possa utilizzare modalità diverse di gestione anche non dirette; purché l'esercizio della farmacia avvenga nel rispetto delle regole e dei vincoli imposto all'esercente a tutela dell'interesse pubblico. In tale contesto, pur non potendosi estendere alle farmacie comunali tutte le regole dettate per i servizi pubblici di rilevanza economica, non può ormai più ritenersi esclusi l'affidamento in concessione a terzi della gestione delle farmacie comunali attraverso procedure di evidenza pubblica.

Del resto l'affidamento in concessione a terzi attraverso gare ad evidenza pubblica costituisce la modalità ordinaria per la scelta di n soggetto diverso dalla stessa amministrazione che intenda svolgere un servizio pubblico".

Pertanto, si ritiene oggi unanimemente che l'assenza di una norma positiva che autorizzi la dissociazione tra titolarità e gestione non crei un ostacolo insormontabile all'adozione del modello concessorio. Con riguardo al profilo afferente alla tutela della salute, l'obiettivo del mantenimento in capo al Comune delle proprie prerogative di Ente che persegue fini pubblicistici può essere garantito – in caso di affidamento a terzi – dalle specifiche regole di gara e, più precisamente, dagli obblighi di servizio pubblico da imporre al concessionario, idonei a permettere un controllo costante sull'attività del gestore e di garantire standard adeguati di tutela dei cittadini. In questo senso, l'impostazione risulta perfettamente in linea con il principio comunitario di proporzionalità, per cui le restrizioni al regime di piena concorrenza sono effettivamente ammesse nei limiti in cui risulti strettamente necessario con l'obiettivo da perseguire (nella specie, la salvaguardia della salute pubblica e del benessere dei cittadini) (così T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 1 marzo 2016, n. 309).



11. Sulla base delle norme e della giurisprudenza richiamate, la Sezione osserva che la gestione di una farmacia comunale – da qualificarsi, si ripete, servizio pubblico di rilevanza economica –, può essere esercitata dall'ente, oltre che con le forme dirette previste dal citato articolo 9 l. n. 475 del 1968, sempre in via diretta, anche mediante società di capitali a partecipazione totalitaria pubblica (in house), ovvero può essere affidata in concessione a soggetti estranei al comune previo espletamento di procedure di evidenza pubblica in modo da garantire la concorrenza.

Si aggiunge che molto di recente (il 31 dicembre 2022) è entrato in vigore il D.Lgs. 23.12.2022 n. 201 ("Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica") che ha dettato la disciplina applicabile alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica fra cui rientrano le farmacie comunali.

Le principali novità dello Statuto di FCP

L'Amministrazione comunale ha ritenuto opportuno mantenere il tipo societario della "società per azioni" (art. 1, comma 1); la Società è strutturata secondo il modello *in house* (art. 1, comma 2). Il primo articolo dello statuto proposto definisce quindi la natura della FCP come soggetto tenuto alla disciplina delle società di capitali ma con i limiti ed i requisiti previsti dall'art. 16 del D.Lgs. 175/2016, in quanto affidataria diretta di servizi pubblici.

In particolare, possono essere affidati i servizi di cui al comma 1 dell'art. 3 dello Statuto proposto che includono, oltre alla commercializzazione al dettaglio di prodotti farmaceutici e all'erogazione di servizi farmaceutici, "*l'attività di educazione socio-sanitaria rivolta al pubblico, la promozione di campagne di igiene e prevenzione sanitaria volta a sensibilizzare l'utenza su temi di particolare rilevanza e su patologie di notevole incidenza sociale*", "*la prenotazione in rete di prestazioni sanitarie fornite dal servizio sanitario nazionale*". FCP infatti deve svolgere le attività proprie del servizio pubblico dato che, come consolidato dalla giurisprudenza, le farmacie comunali devono anche garantire standard adeguati di tutela dei cittadini.

Proprio queste finalità di interesse pubblico impongono alla FCP regole stringenti.

Tra queste regole si riporta:

- il limite di svolgere almeno l'80% della propria attività (in termini di fatturato) nell'espletamento dei servizi affidati dal Comune di Pisa, come richiesto dai commi 3 e 3-bis del D.Lgs. 175/2016 (art. 3, commi 3-4 dello Statuto proposto),
- l'elencazione, non esaustiva, delle attività che possono essere svolte al di fuori del suddetto limite, (art. 3, comma 5 dello Statuto proposto);
- l'obbligo di effettuare acquisti di beni, servizi e lavori in base alle norme vigenti in materia di appalti pubblici (art. 3, comma 7 dello Statuto proposto);
- l'obbligo di ricorrere all'assunzione di personale, anche dirigenziale, conformandosi a principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità previsti per la pubblica amministrazione (art. 3, comma 6 dello Statuto proposto);
- il divieto di costituire società e sottoscrivere contratti di rete (art. 3, comma 9 dello Statuto proposto);

Il capitale di FCP è statutariamente in mano al Comune di Pisa (art. 6 dello Statuto proposto) insieme ai farmacisti soci che al momento della costituzione della Società prestavano servizio, come farmacisti, presso l'Ente.

Come già sopra riportato, attualmente figura un solo socio-farmacista, ed è stata pertanto mantenuta la disciplina per la cessione delle azioni già contenuta nello statuto vigente: le azioni possono essere cedute solo al Comune di Pisa (comma 2, art. 8 dello statuto proposto);

La procedura di compravendita delle quote è del tutto conforme a quella tipica delle società per azioni mentre il prezzo è fissato, come già nel vigente statuto, nella "*corrispondente frazione del patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato*" (art. 8 dello Statuto proposto).

Per quanto concerne l'organo amministrativo e l'organo di controllo non vi sono sostanziali modifiche rispetto al vigente statuto; le funzioni di revisore legale dei conti non possono essere svolte dal Collegio Sindacale (si veda comma 15, art. 11 del D.Lgs. 175/2016) e pertanto all'art. 21 dello statuto proposto è disciplinata la Revisione legale.

L'organo amministrativo è monocratico, quello di controllo è composto da tre membri (il minimo previsto per le S.p.A. dall'art. 2397 del codice civile, art. 17 dello Statuto proposto).



Ai fini del "controllo analogo" spetta al Comune di Pisa:

- il controllo preventivo da esercitare attraverso trasmissione del budget da parte dell'Amministratore Unico, che consente all'Ente di analizzare anche gli eventuali scostamenti rispetto agli obiettivi assegnati (art. 22 dello Statuto proposto);
- il controllo concomitante, tramite la trasmissione del rapporto infrannuale dell'amministratore unico, attraverso il quale viene verificato l'andamento della società in corso d'anno (art. 23 dello Statuto proposto);
- il controllo consuntivo con la trasmissione del bilancio di esercizio chiuso al 31 dicembre di ogni anno, con il quale sono predisposti e analizzati dal Comune di Pisa i risultati economici, finanziari e patrimoniali (art. 24 dello Statuto proposto);
- l'obbligo da parte della FCP di trasmettere al Comune di Pisa, *"senza indugio", "ogni informazione e/o atto utile o necessario all'esercizio di attività amministrative o di controllo, nonché in relazione ad obblighi di comunicazione, di pubblicità e di trasparenza previsti dalle norme in vigore, o all'acquisizione di elementi conoscitivi"* (comma 2, art. 27 dello Statuto proposto), nonché di dotarsi di un sistema informativo che consenta al Comune di Pisa di rilevare la situazione contabile, gestionale e organizzativa della società stessa (comma 1, art. 27 dello Statuto proposto).

Infine sono previsti obblighi in materia di regolamentazione dell'attività della Società, come previsto dall'attuale normativa, ovvero: regolamento assunzione personale e conferimento incarichi; modello ex D.Lgs. 231/2001 in tema di prevenzione dei reati e di trasparenza; codice di comportamento dei dipendenti (art. 19 dello Statuto proposto).

Conclusioni

Si ritiene che lo schema dello statuto proposto sia coerente con le previsioni contenute nella normativa afferente le partecipazioni in società *in house* e risulti conforme a quanto previsto per la disciplina delle farmacie comunali.

Resta l'onere per il Comune di Pisa di procedere all'iscrizione della FCP nell'elenco tenuto da ANAC per le società *in house* come previsto dal comma 1, art. 192 del D.Lgs. 50/2016.

Pisa, gennaio 2023

Il Responsabile P.O. Ufficio Partecipazioni
Dott. Alessandro Benassi