

CITTÀ DI TORINO

DELIBERAZIONE DEL CONSIGLIO COMUNALE 27 OTTOBRE 2008
(proposta dalla G.C. 30 settembre 2008)

Testo coordinato ai sensi dell'art. 44 comma 2 del Regolamento del Consiglio Comunale

OGGETTO: A.F.C. TORINO S.P.A. - PROGETTO DI SCISSIONE - CESSIONE QUOTA DI MINORANZA DELLA NASCENTE SOCIETÀ PER LA GESTIONE DELLE FARMACIE - ADOZIONE NUOVI STATUTI SOCIALI - CONTRATTO DI SERVIZIO PER LA GESTIONE DELLE FARMACIE COMUNALI APPROVAZIONE.

Proposta del Vicesindaco Dealessandri.

Con deliberazione del Consiglio Comunale del 29 settembre 2008 (mecc. 2008 04073/064) venivano approvate le linee guida dell'operazione di scissione parziale proporzionale della società AFC Torino S.p.A..

La società AFC Torino S.p.A., con sede in Torino, corso Peschiera n. 193, ha ad oggi un capitale sociale di Euro 10.000.000,00, interamente sottoscritto e versato, ed è partecipata dal Comune di Torino per una quota pari al 100% del capitale sociale.

Detta Società è organizzata in due Divisioni dal 2005: Divisione Farmacie e Divisione Cimiteri.

La Divisione Farmacie, nel quadro della politica fissata dal Consiglio Comunale di Torino relativa all'esercizio di farmacie e nel rispetto delle normative nazionali e regionali vigenti, provvede tra l'altro all'assistenza farmaceutica per conto delle A.S.L. a tutti gli assistiti del Servizio Sanitario Regionale, alla vendita al pubblico di farmaci, parafarmaci, prodotti dietetici e per l'igiene personale, di articoli ortopedici e di cosmesi e alla prenotazione in rete di prestazioni sanitarie fornite dalle A.S.L.. Infatti, con deliberazione n. 124 del Consiglio Comunale del 10 luglio 2000 (mecc. 2000 05610/64), esecutiva dal 24 luglio 2000, e successiva deliberazione della Giunta Comunale del 5 dicembre 2000 (mecc. 2000 11392/64), l'Amministrazione ha approvato la Convenzione per l'affidamento all'AFC Torino S.p.A. della gestione del servizio delle farmacie comunali per la durata di 99 anni, con decorrenza dal 24 luglio 2000 (data di esecutività della predetta deliberazione del Consiglio Comunale) e dunque per l'uso da parte della predetta società delle autorizzazioni all'esercizio di tutte le farmacie comunali per il medesimo periodo, il tutto al prezzo presunto di Lire 80 miliardi confermato con relazione giurata ai sensi dell'articolo 2343 bis Codice Civile.

La divisione Cimiteri, costituita nel corso dell'anno 2005 a seguito della deliberazione di

Consiglio Comunale del 19 aprile 2005 (mecc. 2004 09386/040) che approvava la riorganizzazione del servizio funerario comunale, dalla gestione in economia alla gestione così detta "in house", a favore della società a capitale interamente posseduto dalla Città di Torino, "AFC Torino S.p.A.", ai sensi dell'articolo 113 del Testo Unico degli Enti Locali approvato con D.Lgs. 267/2000 e s.m.i., provvede all'espletamento dell'insieme unitario ed integrato dei servizi cimiteriali nonché della gestione dei complessi immobiliari demaniali dei cimiteri e delle dotazioni patrimoniali strumentali.

Il settore farmaceutico è stato oggetto negli ultimi anni di alcuni interventi legislativi che ne hanno rinnovato la disciplina, in particolare il Decreto Legge 27 maggio 2005, n. 87 convertito e modificato con Legge 26 luglio 2005 n. 149 e il Decreto Legge 4 luglio 2006 n. 223 convertito con Legge del 4 agosto 2006 n. 248 ("Legge Bersani"). Il primo infatti ha introdotto l'obbligo per il farmacista, sulla base della sua specifica competenza professionale, ad informare il paziente dell'eventuale presenza in commercio di medicinali aventi uguale composizione in principi attivi, nonché forma farmaceutica, via di somministrazione, modalità di rilascio e dosaggio unitario uguali, i cosiddetti "farmaci equivalenti". Il secondo ha introdotto una maggior liberalizzazione nella vendita dei prodotti per la quale non è richiesta la ricetta medica.

Per contrastare gli effetti negativi prodotti sui ricavi dai provvedimenti normativi citati volti al contenimento della spesa farmaceutica, dall'incremento nella vendita di farmaci equivalenti, il cui prezzo è notevolmente inferiore a quelli già assoggettati a brevetto, e dalla crescente concorrenza, determinata dall'applicazione della Legge Bersani, da parte della grande distribuzione e delle parafarmacie, le società operanti nel settore hanno dovuto rafforzare e sviluppare nuove iniziative commerciali.

In linea con l'andamento del mercato, AFC Torino Divisione Farmacie ha registrato un calo dal 2006 al 2007 nei ricavi delle vendite e delle prestazioni del 2% circa a fronte del quale ha programmato lo sviluppo dell'attività commerciale di "trading", già avviata nel 2007, che consiste nella vendita di prodotti del parafarmaco e per automedicazione a ditte di grossisti/intermediari operanti nel settore, ed ha iniziato l'intensificazione delle iniziative promozionali aziendali.

Al fine di sviluppare l'attività farmaceutica, nel rispetto del carattere di "località" e di "servizio pubblico" della medesima, appare utile consentire l'ingresso nella compagine sociale di nuovi azionisti dotati di capitali e conoscenze manageriali.

Ad oggi la società "AFC Torino S.p.A.", come già precisato, è organizzata in due distinte divisioni operative (Divisione Farmacie e Divisione Servizi Cimiteriali), le quali gestiscono autonomamente la propria attività operativa, nonché quella amministrativa e contabile, come dimostra la predisposizione di un budget e di un bilancio divisionale, in aggiunta a quelli relativi alla società nel sua totalità.

È intenzione dell'Amministrazione procedere alla costituzione di una nuova società, la quale abbia come oggetto esclusivo la gestione delle farmacie comunali.

La costituzione della nuova società avverrà attraverso scissione parziale proporzionale della società AFC Torino S.p.A., a socio unico, in società scissa competente in materia di servizi cimiteriali e società beneficiaria avente ad oggetto per l'appunto la gestione delle farmacie comunali.

Pertanto, in data 29 settembre 2008, il Consiglio Comunale, con deliberazione (mecc. 2008 04073/064), ha approvato le linee guida, dove per mero errore materiale si affermava,

contrariamente a quanto previsto in materia di scissione parziale proporzionale, la necessità di predisporre la relazione di cambio.

Tali linee guida erano finalizzate a definire i principi fondamentali da seguire nell'attuazione della predetta operazione di scissione.

La società AFC Torino ha inviato il progetto di scissione (allegato 1), nel frattempo depositato presso il Registro delle Imprese di Torino con tutti i suoi allegati, con allegati:

- 1.1 Statuto della Società Scissa;
- 1.2 Statuto della Società Beneficiaria;
- 1.3 Situazione Patrimoniale al 30 giugno 2008 e Situazione Patrimoniale post-scissione;
- 1.4 Descrizione degli elementi patrimoniali da attribuire alla Società Beneficiaria.
- In merito all'allegato 1.2 si precisa che, per mero errore materiale, gli articoli 8, 12 e 21 dello Statuto della Società Beneficiaria risultano inesatti, pertanto:
- nell'articolo 8, 1 comma, il riferimento all'articolo 6 è da sostituirsi con il riferimento all'articolo 5;
- nell'articolo 12, comma, 2 il riferimento all'articolo 10 è da sostituirsi con il riferimento all'articolo 11;
- nell'articolo 21, comma, 2 il riferimento all'articolo 11 comma quarto è da sostituirsi con il riferimento all'articolo 12 comma quarto.

Il Codice Civile in materia di scissione prevede la necessaria decorrenza dei seguenti termini:

- almeno trenta giorni che devono intercorrere tra la data del deposito presso la sede sociale degli atti di scissione di cui all'articolo 2501 septies e la data fissata per la decisione in ordine alla scissione;
- almeno trenta giorni che devono intercorrere tra la data dell'iscrizione del progetto di scissione presso il Registro delle Imprese di cui all'articolo 2501 ter comma 4 e la data fissata per la decisione in ordine alla scissione.

Tuttavia, essendo tali termini posti nell'esclusivo interesse dei soci, il Codice statuisce, altresì, che gli stessi sono rinunciabili con il consenso unanime di questi.

È intenzione di codesta Amministrazione rinunciare ad entrambi i termini.

In particolare il predetto progetto di scissione individua:

- il tipo, la denominazione o ragione sociale, la sede delle società partecipanti alla scissione;
- l'atto costitutivo e lo Statuto Sociale della Società Beneficiaria;
- rapporto, criteri e modalità di assegnazione delle azioni della Società Beneficiaria;
- la data di partecipazione agli utili della Società Beneficiaria;
- la data di decorrenza degli effetti della scissione;
- il trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni;
- i vantaggi particolari eventualmente proposti a favore dei soggetti cui compete l'Amministrazione delle Società partecipanti alla scissione;
- gli elementi Patrimoniali oggetto del trasferimento.

Successivamente all'avvenuto deposito del progetto di scissione, sarà convocata l'Assemblea Straordinaria della Società per approvare il progetto di scissione con tutti i suoi allegati (allegati 1,

1.1, 1.2, 1.3 e 1.4 al presente provvedimento per farne parte integrante e sostanziale).

La decisione di scissione (allegato 1), con tutti i suoi allegati (allegati 1.1, 1.2, 1.3 e 1.4), dovrà essere depositata per l'iscrizione nel Registro delle Imprese; dall'iscrizione della decisione di scissione decorrerà un termine di sessanta giorni per l'eventuale opposizione dei creditori.

Il termine è posto a tutela dei creditori della società AFC Torino S.p.A., titolari di crediti sorti anteriormente alla data di iscrizione del progetto nel Registro delle Imprese.

L'atto di scissione potrà essere anticipato, rispetto alla scadenza dei sessanta giorni, in presenza di almeno una delle seguenti condizioni:

- a) consenso di tutti i creditori delle società partecipanti alla scissione;
- b) pagamento dei creditori dissenzienti;
- c) deposito delle somme corrispondenti ai crediti presso una banca;
- d) su disposizione del Tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure qualora la società abbia prestato idonea garanzia.

A seguito dell'assunzione della deliberazione di scissione si provvederà, altresì, a dare per iscritto comunicazione dell'operazione in corso alle rappresentanze sindacali, in ossequio alla previsione di cui all'articolo 47 della Legge 428/1990, che dispone, tra l'altro, che: "Quando si intenda effettuare, ai sensi dell'articolo 2112 del Codice Civile, un trasferimento d'azienda in cui sono occupati più di quindici lavoratori, l'alienante e l'acquirente devono darne comunicazione per iscritto, almeno venticinque giorni prima, alle rispettive rappresentanze sindacali costituite".

In merito al personale della AFC Torino S.p.A. si precisa quanto segue: tutto il personale ad oggi dipendente dalla Divisione Farmacie sarà trasferito nella nuova società Beneficiaria (Farmacie), con l'obbligo per la Società Beneficiaria di garantire il mantenimento del posto di lavoro per tutta la durata contrattuale.

Detta clausola sarà oggetto di sottoscrizione da parte del socio privato che risulterà aggiudicatario della procedura ad evidenza pubblica.

Decorsi i tempi necessari per tutelare i creditori e le rappresentanze, si procederà all'atto di scissione, che, nella forma dell'atto sarà depositato dal notaio entro trenta giorni presso l'Ufficio del Registro delle Imprese dei luoghi ove hanno sede le società partecipanti alla scissione.

Gli effetti dell'operazione di scissione decorreranno dall'ultima delle iscrizioni dell'atto di scissione presso l'Ufficio del Registro delle Imprese.

A seguito di tale iscrizione, la Società Beneficiaria verrà ad esistenza e diverrà titolare di tutti i rapporti giuridici attivi e passivi inerenti gli elementi patrimoniali attivi e passivi ad essa trasferiti mediante la scissione, assumendo tutti i diritti, ragioni, azioni, obblighi, impegni ad essi relativi.

Realizzata la predetta operazione di scissione e, pertanto, venuta ad esistenza una nuova ed autonoma società, come sopra detto, la Città di Torino procederà alla cessione di parte delle azioni della nuova società, fino ad un massimo del 49% del capitale sociale.

L'operazione così strutturata consentirà l'ingresso di un nuovo socio o di più nuovi soci di minoranza con un significativo patrimonio di conoscenze, esperienze e capacità manageriali, il quale consenta un maggior sfruttamento e al contempo la valorizzazione delle potenzialità della società di gestione delle farmacie, sviluppandone l'attività imprenditoriale nell'ottica di:

- valorizzazione del business originario;
- miglioramento dell'offerta del servizio farmaceutico sul territorio locale;

- ampliamento dei servizi di carattere sanitario offerti;
- sviluppo e potenziamento della rete distributiva per crescere le economie di scala;
- implementazione dei servizi alla cittadinanza legati all'assistenza e alla cura della persona.

L'ingresso del socio privato nella società di nuova costituzione, permettendo al Comune di mantenere il controllo della società, attribuirà un valore aggiunto sia in termini di possibile apporto di capitali sia in termini di gestione della società e consentirà alla Città di continuare a percepire proporzionalmente eventuali utili che saranno distribuiti in futuro dalla stessa.

Alla luce di tali considerazioni appare opportuno svincolare la società dall'attuale affidamento "in house" che richiede, per la sua stessa esistenza, un rapporto di delegazione interorganica tale da impedire che la società possa svolgere attività per soggetti diversi dalla Città, precludendo di fatto alla stessa il naturale sviluppo che la forma societaria consentirebbe.

Infatti la società il cui affidamento del servizio sia legato ad un rapporto "in house" è di fatto assimilabile alla già nota figura dell'azienda speciale che poteva esplicare la propria attività solo per l'ente che l'aveva costituita.

Pertanto, l'ingresso di un socio privato consentirebbe di emancipare la società da una situazione che la vedrebbe protagonista solo entro il territorio comunale di riferimento, permettendole invece di ampliare le proprie prospettive attraverso un approccio graduale al mercato, anche attraverso eventuali future gestioni extra moenia.

Al fine di consentire la partecipazione a gare extraterritoriali alla società di nuova costituzione (Società Beneficiaria) è necessario, ai sensi della più recente giurisprudenza, precisare nell'oggetto sociale dello statuto detta possibilità.

Pertanto, si ritiene opportuno inserire alla fine del testo dell'articolo 3 dello statuto la seguente clausola "La società può partecipare a gare extraterritoriali, nei limiti della normativa vigente in materia."

Quanto alle modalità di selezione del socio privato, la giurisprudenza ha unanimemente escluso che la scelta possa avvenire intuitu personae, essendo necessario il ricorso ad una procedura ad evidenza pubblica.

Tale soluzione appare obbligatoria tanto in ossequio ai principi generali del diritto comunitario, quanto in applicazione di principi ormai acquisiti nel diritto interno in materia di selezione del socio privato di società mista esercente servizio pubblico locale.

Infatti l'articolo 113, comma 5, lettera b, del D.Lgs. 267/2000, dispone che "L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione Europea, con conferimento della titolarità del servizio: (...) a società a capitale misto pubblico o privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche (...)"

La salvaguardia del confronto concorrenziale viene garantita mediante l'anticipazione della gara al momento preliminare di selezione del socio privato, a fronte dell'affidamento diretto del servizio.

In base a quanto sopra riferito, si può affermare che il socio privato assuma una posizione operativa all'interno della società, rappresentando un valore aggiunto in termini funzionali

rispetto alle tradizionali modalità di gestione ed erogazione del servizio proprie dell'apparato amministrativo.

Pertanto la soluzione sopra descritta appare obbligata non soltanto alla luce dei principi vigenti nell'ordinamento interno ma soprattutto in base alla puntuale applicazione delle prescrizioni contenute nella normativa comunitaria; infatti la ratio della normativa comunitaria e delle prescrizioni dettate dal più volte richiamato articolo 113, comma 5, lettera b, va ricercata nell'esigenza di disciplinare il potere discrezionale dell'amministrazione nella scelta dei criteri di aggiudicazione, in nome dei canoni di ragionevolezza ed obiettività.

Per la scelta del socio operativo industriale si provvederà ad emanare un bando di gara nel quale saranno definite le modalità di partecipazione alla procedura in oggetto.

Saranno ammessi a partecipare, in conformità alla normativa vigente in materia di servizi pubblici locali, gli imprenditori e le società in qualunque forma costituite.

Saranno ammessi altresì raggruppamenti formati da tali soggetti.

In ogni caso il socio di minoranza dovrà cessare dalla sua qualità di socio al 23 luglio 2009, scadenza dell'affidamento del servizio in oggetto, secondo le modalità disciplinate nel Contratto di Servizio, nel Contratto di impegno relativo agli adempimenti del socio operativo industriale e nello Statuto societario facenti parte della documentazione di Gara.

La gara sarà aggiudicata sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa costruita sulla base dei seguenti criteri:

- (i) punteggio parziale relativo alla parte economica dell'offerta (prezzo), in ragione di punti fino ad un massimo di 40/100;
- (ii) punteggio parziale relativo al piano di sviluppo in ragione di punti fino ad un massimo di 40/100, così ripartiti:
 - fatturato, in ragione di punti fino ad un massimo di 25/100;
 - redditività, in ragione di punti fino ad un massimo di 15/100;
- (iii) punteggio parziale relativo alla disponibilità ad estinguere anticipatamente il debito nei confronti della Città di Torino nei primi 5 anni di vigenza del contratto con attribuzione di 10/100;
- (iv) punteggio parziale relativo alle spese per attività di carattere sociale, in ragione di punti fino ad un massimo di 10/100.

Ai fini della valutazione del valore di riferimento per la vendita delle azioni in oggetto, sarà dato incarico, da parte della società AFC Torino S.p.A., ad un advisor specializzato.

Tale valutazione non sarà resa nota ai partecipanti alla procedura e comprenderà anche un limite minimo al di sotto del quale non si procederà alla vendita stessa.

Tale valutazione sarà consegnata in busta sigillata alla cui apertura si procederà nella seduta pubblica dopo l'apertura di tutte le offerte pervenute.

In caso di parità di punteggio tra due o più concorrenti si procederà al rilancio delle offerte economiche sulla base del miglior prezzo proposto ovvero qualora le proposte siano tutte inferiori al limite minimo sulla base del prezzo indicato nella scheda dell'advisor.

Il rilancio delle offerte economiche avverrà mediante presentazione dell'offerta in seduta di gara ovvero, in caso di assenza di uno o più dei legali rappresentanti dei concorrenti o loro delegati aventi diritto al rilancio, si procederà al rilancio da parte dei rappresentanti legali o loro

delegati presenti.

Le azioni verranno attribuite, anche nel caso in cui sia presentata una sola offerta valida, all'offerente che avrà presentato l'offerta risultata più vantaggiosa per l'Amministrazione, purché superiore al prezzo minimo che l'advisor finanziario avrà consegnato al Comune di Torino.

Qualora la procedura di vendita rimanga senza effetto, si potrà procedere a trattative senza l'obbligo della pubblicazione.

Tra i documenti allegati al bando sarà inserito anche un contratto da stipulare con l'aggiudicatario della gara che in tal modo acquisirà la qualità di socio operativo industriale.

Detto contratto, i cui effetti si ripercuoteranno sul contratto di servizio che sarà stipulato con la costituenda società di gestione delle farmacie comunali, disciplinerà gli impegni specifici che il socio operativo industriale dovrà assumere ai fini della gestione.

Nel contratto con il nuovo socio saranno previsti obblighi i cui principali si sintetizzano come segue:

- puntuale e compiuta attuazione al piano di sviluppo;
- elaborazione e presentazione, per tutta la durata dell'affidamento, di successivi piani di sviluppo a scadenze regolari (ogni cinque anni);
- presentazione di garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto pari al 10% del prezzo definitivo di aggiudicazione;
- pagamento di penali per il non raggiungimento degli obiettivi previsti sul piano di sviluppo pari al massimo al 10% del prezzo di aggiudicazione e parametrati al peso di ogni singolo obiettivo.

Alla luce di tali considerazioni è necessario disciplinare l'affidamento da effettuare alla società beneficiaria ai sensi dell'articolo 113, comma 5 lettera b) mediante apposito contratto di servizio da stipulare con la suddetta società successivamente all'ingresso del socio privato scelto con procedura ad evidenza pubblica.

Ai fini dell'affidamento del servizio occorre evidenziare che la recente novella in materia di servizi pubblici locali, contenuta nell'articolo 23 bis del Decreto Legge 112/2008 convertito in Legge 6 agosto 2008, n. 133 con modificazioni, prevede al comma 2 che "Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità Europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità".

Quindi, la regola per l'affidamento dei servizi pubblici locali è quella della gara.

Dal momento che la formulazione appare estremamente generica tanto da indurre ad includere nella fattispecie di cui al comma 2 dello stesso articolo 23 bis sia la gara per la scelta del soggetto gestore, sia l'affidamento a società miste pubblico-private (PPP) secondo le procedure definite a livello Europeo (C 2007 6661) la norma si presta ad interpretazioni differenti.

La Commissione Europea nella Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati

istituzionalizzati (PPPI) del 5 febbraio 2008 n. C(2007)6661 precisa che "L'apporto privato alle attività del PPPI consiste, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità".

Sempre nello stesso documento si dichiara che "Per costituire un PPPI in modo conforme ai principi del diritto comunitario evitando nel contempo i problemi connessi ad una duplice procedura si può procedere nel modo seguente: il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. La selezione del partner privato è accompagnata dalla costituzione del PPPI e dall'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione all'entità a capitale misto."

Ancora si ribadisce per la scelta del socio privato che "I principi di parità di trattamento e di non discriminazione implicano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato dei servizi alla concorrenza. Nell'ambito della costituzione di un PPPI questo obbligo implica, secondo la Commissione, che l'amministrazione aggiudicatrice includa nel bando di gara o nel capitolato d'onere informazioni di base sull'appalto pubblico o sulla concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto che dovrà essere costituita, sullo statuto di tale entità, sul patto tra gli azionisti e su tutti gli altri elementi che regolano, da un lato, il rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e il partner privato e, dall'altro, il rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità a capitale misto da costituire."

Infatti, il testo richiamato nell'illustrare i principi della costituzione di un partenariato pubblico - privato ritiene che debbano essere rispettate, pur in mancanza di una normativa specifica sulla costituzione dei PPPI, le disposizioni in materia di appalti pubblici e concessioni che si rifanno al principio di parità di trattamento e le sue specifiche manifestazioni, ossia il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e gli articoli 43 e 49 del trattato CE, che riguardano rispettivamente la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi. Più precisamente, i principi derivanti dagli articoli 43 e 49 del trattato CE comprendono non soltanto la non discriminazione e la parità di trattamento, ma anche la trasparenza, il mutuo riconoscimento e la proporzionalità.

Pertanto ritenendo di poter interpretare sotto l'egida della procedura competitiva ad evidenza pubblica anche la scelta del socio privato di cui all'articolo 113, comma 5, lett. b) - in alternativa all'ipotesi di affidamento "in house" concepita come derogatoria in presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, che non permettano un efficace e utile ricorso al mercato - è possibile ritenere che l'operazione posta in essere dalla Civica Amministrazione rientri nella regola della procedura ad evidenza pubblica di cui all'articolo 23 bis e trovi rispondenza nei principi affermati al comma 2 della norma medesima.

Pertanto, non si ritiene necessario acquisire il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui al comma 4 dell'articolo 23 bis summenzionato.

Quanto detto vale sotto il profilo della scelta del soggetto gestore.

Sotto il profilo dell'organizzazione e gestione del servizio o, meglio, delle funzioni pubbliche, invece, sia il Parlamento Europeo, sia la stessa Commissione CE nel Libro Verde del 30 aprile 2004, ritengono che la forma della società mista pubblico-privata, c.d. partenariato pubblico privato istituzionalizzato, non costituisca l'anticamera di un processo di privatizzazione delle funzioni pubbliche, dal momento che le sinergie tra pubblica amministrazione e soggetti privati possono generare effetti positivi per la collettività, atteggiandosi a strumento alternativo alla stessa privatizzazione.

Quindi, sotto tale aspetto non pare che l'ingresso di un socio privato nel capitale sociale sino al 49% e, conseguentemente, nella gestione della funzione pubblica delle farmacie comunali incida in maniera sostanziale nell'attuale organizzazione e gestione del servizio.

Di conseguenza, non si ritiene necessario acquisire, ai sensi dell'articolo 43 del Regolamento del Decentramento, il parere delle Circoscrizioni, dal quale si può prescindere anche in considerazione della circostanza che la gestione delle farmacie comunali non attribuisce alle Circoscrizioni medesime un interesse diretto e concreto alla partecipazione al procedimento in essere, dal momento che l'esercizio dell'attività farmaceutica risponde a finalità sociali di carattere generale e universale volte alla tutela della salute e della persona, finalità che prescindono dalla localizzazione territoriale delle farmacie.

Alla luce di tali considerazioni si ritiene necessario e opportuno approvare la bozza di contratto di servizio, allegata al presente provvedimento, da stipulare con la società beneficiaria successivamente all'ingresso del socio privato scelto con procedura ad evidenza pubblica.

In data 2 ottobre 2008 con nota prot. 8710/TO1.017.035 veniva richiesto, ai sensi dell'articolo 80 del Regolamento del Consiglio Comunale, parere all'Agenzia per i Servizi Pubblici Locali che si allega al presente provvedimento (all. 3 - n.).

L'Agenzia ha esposto alcuni rilievi rispetto al Contratto di Servizio, allegato al presente provvedimento, formulando parere favorevole, subordinatamente all'accoglimento di tali rilievi.

Con riferimento alla consultazione obbligatoria delle associazioni dei consumatori prevista dall'articolo 2, comma 461, della Legge 244/2007 si rileva che quanto prima - come per tutti i contratti di servizio in essere per altre tipologie di servizi pubblici - si procederà alla consultazione delle associazioni in questione provvedendo ad integrare i relativi contratti di servizio.

Al momento non è ancora chiaro quali siano le associazioni di consumatori di riferimento; pertanto, anche nel caso di contratto di servizio da stipulare successivamente all'entrata in vigore della novella normativa si ritiene di differire tale consultazione ad un momento successivo, in modo da definire per tutte le tipologie di servizi i diversi interlocutori.

Relativamente al rilievo all'inadeguatezza della penale per la mancata adozione della carta dei servizi si ritiene accoglibile prevedere un meccanismo che elevi l'efficacia disincentivante della penale, ad esempio mediante previsione di una somma crescente (per es. progressiva) in relazione al perdurare dell'inadempienza o proporzionata al periodo di inadempienza.

Si ritiene, altresì, accoglibile la proposta di prevedere una apposita e congrua clausola penale per l'ipotesi di mancato tempestivo aggiornamento della carta dei servizi.

Con riguardo ai suggerimenti in merito all'articolo 19, che considera solo 4 fattispecie di inadempienze contrattuali, si ritengono solo in parte accoglibili i suggerimenti dell'Agenzia.

Infatti, si ritiene che non si possano sanzionare a livello di gestione del servizio attività che

attengono alla specifica professionalità del farmacista e che si esplicano attraverso la consulenza sull'uso dei farmaci e le indicazioni sui medicinali più economici.

Tali attività, infatti, costituiscono obbligazione di mezzi e non di risultato.

Nell'obbligazione di mezzi, che si realizza tipicamente nell'obbligazione del professionista, l'oggetto dell'obbligazione è un comportamento diligente, ossia l'impiego diligente di mezzi idonei a realizzare un risultato e non il conseguimento del risultato stesso; alla luce di tali principi non si realizza inadempimento se il professionista agisce con la dovuta diligenza.

In ogni caso occorre anche rilevare che tali attività sono di non facile rilevazione anche dal punto di vista della ricognizione del nesso causale - temporale tra il momento dell'erogazione ed il momento della fruizione del servizio.

Vista la variegata casistica delle prestazioni, si ritiene che nei confronti della società si possano sanzionare esclusivamente gli obblighi puramente tecnici, legati alla corretta erogazione del servizio, in relazione ai principi di uguaglianza dei diritti dell'utente, imparzialità, obiettività e giustizia nei confronti degli utenti, economicità, continuità e regolarità del servizio e diretti a garantire l'esecuzione del servizio con un livello di adeguata qualità.

Quanto alle attività relative alla prenotazione delle visite e alle sinergie con il Servizio Sanitario, occorre rilevare che tali attività sono rese possibili solo laddove vi sia la collaborazione dell'ASL e, quindi, si tratta di servizi che non possono essere attivati autonomamente dalla società.

Tuttavia, nelle farmacie dove tali servizi sono attivati è possibile inserire delle penali per l'eventuale inadempimento.

Relativamente ad iniziative di prevenzione ed alla consegna a domicilio si tratta di attività che potranno essere eventualmente sviluppate sulla base del piano di sviluppo presentato dal soggetto che risulterà aggiudicatario e, pertanto, tali casi potranno essere disciplinati in una fase successiva.

Non si reputa, inoltre, opportuno inserire nell'articolato la previsione di incremento delle penali in casi di maggiore gravità e recidiva e una clausola generale in cui sia fatto salvo il diritto della Città di Torino al risarcimento dell'eventuale maggior danno, in quanto la sanzione in tali casi è la risoluzione del contratto, come previsto all'articolo 21.

Con riferimento alla ravvisata necessità, nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 19.4. che il procedimento di applicazione delle sanzioni, esaurita l'istruttoria, si concluda con atto unilaterale della Città di Torino si precisa che la formulazione dell'articolo, come proposta nel contratto di servizio, nasce dalla presa d'atto che l'iter di applicazione delle penali implicitamente si conclude di fatto con atto unilaterale della Città, alla luce dell'articolo 107 D.Lgs. n. 267/2000 "Testo Unico delle Leggi sull'ordinamento degli Enti Locali".

Appare, invece, corretto il rilievo all'articolo 19.5. e pertanto l'articolo, in cui è evidente un rifiuto, sarà oggetto di riscrittura attenta al disposto della normativa vigente in materia.

Per quanto riguarda la motivazione in materia di durata e corrispettivo si evidenzia che il Libro Verde della Commissione Europea relativo ai partenariati pubblico-privati, presentato il 30 aprile 2004, al paragrafo 61 richiama la necessità che la durata della società mista debba coincidere con la durata del contratto di servizio e dell'affidamento.

Alla luce di tale orientamento, volto a sopperire una carenza legislativa in materia, si

giustifica la durata ultranovantennale della costituenda società e del relativo contratto di servizio.

Infatti, in attuazione dell'affidamento del servizio di gestione delle farmacie comunali e del relativo contratto di servizio, aventi durata dal 2000 al 2099 la Società ha provveduto nel corso degli anni all'estinzione anticipata di gran parte del debito residuo per l'uso delle licenze, come previsto tra l'altro dall'articolo 8 del contratto di servizio, senza opporre eccezioni, anticipando in tal modo la somma prevista nel piano di ammortamento.

Proprio in virtù di tali anticipazioni non è possibile limitare la durata contrattuale.

Relativamente all'invito ad inserire un riferimento esplicito alla sopravvenienza normativa quale causa di revoca del servizio si rileva che tale previsione sarebbe auspicabile in ipotesi di affidamenti in house, su cui il legislatore, nel corso dell'ultimo decennio, ha avuto continui ripensamenti, prospettando una situazione di incertezza circa il perdurare degli affidamenti diretti. Nel caso di specie, invece, l'Amministrazione procede ad una gara per la scelta del socio privato e quindi non si ritiene che una normativa sopravvenuta possa incidere sulla durata del contratto affidato sulla base di procedura concorrenziale sempre garantita nell'ordinamento giuridico in ossequio al principio di libera concorrenza.

Inoltre, una siffatta previsione contrasterebbe anche con il principio di certezza del diritto, riconosciuto anche a livello comunitario, sulla base del quale l'aggiudicatario deve essere garantito circa la durata del contratto.

Circa la richiesta di inserimento della previsione del diritto di accesso dell'Agenzia Servizi Pubblici Locali occorre rilevare che la stessa Agenzia è chiamata a partecipare alla commissione tecnica di cui all'articolo 18 del contratto di servizio e, pertanto, in tale sede e a seguito delle risultanze ivi emergenti l'Agenzia medesima potrà esercitare tutti i poteri intrinseci di cui è dotata, nei limiti della tutela della riservatezza di una società operante nel mercato.

Si concorda comunque sulla necessità di inserire nel contratto il richiamo ai poteri attribuiti all'Agenzia.

In merito al rilievo concernente l'inserimento di una clausola che preveda l'obbligo di riversare un deposito cauzionale o una garanzia fideiussoria si precisa che tali aspetti saranno oggetto del bando di gara e del contratto ad esso allegato, disciplinante gli obblighi del socio operativo industriale.

Con riferimento all'introduzione del tentativo di conciliazione nell'ambito dell'articolo 23 del contratto di servizio, si ritiene opportuno inserire la possibilità di effettuare il tentativo di conciliazione, previo accordo tra le parti.

Tutto ciò premesso,

LA GIUNTA COMUNALE

Visto il Testo Unico delle Leggi sull'Ordinamento degli Enti Locali, approvato con D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, nel quale, fra l'altro, all'articolo 42 sono indicati gli atti rientranti nella competenza dei Consigli Comunali;

Dato atto che i pareri di cui all'articolo 49 del suddetto Testo Unico sono:

favorevole sulla regolarità tecnica;

favorevole sulla regolarità contabile;

Con voti unanimi, espressi in forma palese;

PROPONE AL CONSIGLIO COMUNALE

- 1) di approvare, per i motivi espressi in narrativa e che qui integralmente si richiamano per farne parte integrante del dispositivo, l'operazione di scissione parziale proporzionale della società "AFC Torino S.p.A.", con sede in Torino corso Peschiera n. 193, alla luce del disposto degli articoli 2506 Codice Civile e seguenti;
- 2) di approvare nel testo allegato alla presente deliberazione per costituirne parte integrante e sostanziale, per le motivazioni espresse in narrativa e che qui integralmente si richiamano, il progetto di scissione (all. 1 - n.) ed i relativi allegati (all. 1.1, 1.2, 1.3 e 1.4 - nn.), redatto ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 2506 ter Codice Civile. ed approvato dal Consiglio d'Amministrazione della Società AFC Torino S.p.A., che sarà sottoposto all'approvazione della convocanda Assemblea Straordinaria dei soci con la precisazione che il testo dell'articolo 3 dell'oggetto sociale dello statuto della Società Beneficiaria sarà integrato con la seguente clausola "La società può partecipare a gare extraterritoriali, nei limiti della normativa vigente in materia" e che gli articoli 8, 12 e 21 saranno modificati come descritto in narrativa;
- 3) di rinunciare in qualità di socio unico ai termini disposti ai sensi degli articoli 2501 septies Codice Civile e 2501 ter comma 4 Codice Civile, nonché di autorizzare il Sindaco o un suo delegato al compimento di tutti gli atti necessari alla realizzazione dell'operazione di scissione, ivi compresa la partecipazione all'Assemblea Straordinaria che dovrà approvare il progetto di scissione conforme a quanto delineato in narrativa, autorizzando nel contempo l'adozione dei nuovi testi di statuto delle società risultanti dalla scissione quali risultano negli schemi allegati 1.1 e 1.2 del progetto;
- 4) di autorizzare il Sindaco o suo delegato ad apportare modifiche non sostanziali ai testi allegati (allegato 1.1 e allegato 1.2), ivi comprese quelle finalizzate a recepire le correzioni degli errori materiali dello statuto allegato 1.2;
- 5) di approvare il Contratto di servizio per l'affidamento del servizio di gestione delle farmacie comunali (all. 2 - n.) e l'allegato allo stesso (all. 2.1 bis - n.);
- 6) di autorizzare il legale rappresentante della Città di Torino a sottoscrivere il Contratto di servizio per l'affidamento del servizio di gestione delle farmacie comunali di cui al precedente punto 5) con la possibilità di apportare allo stesso modifiche non sostanziali al testo;
- 7) di approvare la successiva vendita della quota di minoranza del capitale sociale della società di nuova costituzione, fino ad un massimo del 49% del capitale sociale, attraverso scelta del socio o di più soci privati da realizzarsi tramite procedura ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi dettati dalla normativa comunitaria e dall'articolo 113, comma 5, lettera b, del D.Lgs. 267/2000;
- 8) di dare mandato ad AFC Torino S.p.A. di individuare, in collaborazione con l'Amministrazione, un perito per l'incarico di valutazione della società di gestione delle farmacie finalizzata alla cessione delle quote di minoranza;

- 9) di demandare a successivi provvedimenti degli organi competenti e determinazioni dirigenziali la realizzazione della procedura di vendita e il perfezionamento della presente deliberazione;
- 10) di approvare la clausola, da recepire negli appositi atti, finalizzata a garantire che il personale ad oggi dipendente dalla Divisione Farmacie sia trasferito nella nuova Società Beneficiaria (Farmacie), con l'obbligo per la Società beneficiaria di garantire il mantenimento del posto di lavoro per tutta la durata contrattuale con la precisazione che detta clausola sarà oggetto di sottoscrizione da parte del socio privato che risulterà aggiudicatario della procedura ad evidenza pubblica;
- 10bis) di autorizzare la Città e per essa il Sindaco o suoi delegati, in sede di assemblea deliberante l'approvazione del progetto di scissione e di tutti i relativi documenti allegati, ad impegnare il Presidente del Consiglio di Amministrazione a convocare, prima della stipula dell'atto di scissione, l'assemblea ordinaria che dovrà deliberare sulla nomina dei membri del Consiglio di Amministrazione e del Collegio Sindacale, che assumeranno la carica alla data di efficacia della scissione;
- 11) di dichiarare, attesa l'urgenza, in conformità del distinto voto palese ed unanime, il presente provvedimento immediatamente eseguibile ai sensi dell'articolo 134, quarto comma, del Testo Unico approvato con D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267.