

REPUBBLICA ITALIANA

LA

CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL VENETO

Nell'adunanza del l'8 maggio 2008, composta da:

Bruno PROTA	Presidente
Luca FAZIO	Referendario relatore
Francesco ALBO	Referendario
Daniela MORGANTE	Referendario

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

VISTO il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

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

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

VISTO il decreto del Presidente della Corte dei conti 21 dicembre 2000, che ha disposto l'insediamento delle Sezioni regionali di controllo dal 1° gennaio 2001;

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

VISTI gli indirizzi e criteri generali per l'esercizio dell'attività consultiva approvati dalla Sezione delle Autonomie nell'adunanza del 27 aprile 2004;

VISTA la richiesta di parere inoltrata dal Presidente della Provincia di Vicenza prot. n. 13240 del 21 febbraio 2008, qui pervenuta in data 3 marzo 2008 al prot. n. 1069/9;

VISTA l'ordinanza del Presidente di questa Sezione di controllo n. 16/2008/Cons. del 7 maggio 2008 di convocazione della Sezione per l'odierna seduta

#### FATTO

Nel quesito in esame la Provincia di Vicenza rappresenta di aver affidato alla Vi.abilità Spa, società appositamente costituita nel 2001 e a prevalente capitale pubblico, il servizio relativo alla gestione delle strade provinciali, trasferendo in capo ad essa la disponibilità dei beni strumentali di proprietà della Provincia e il personale dell'ente all'epoca occupato nel settore dell'attività oggetto di trasferimento.

L'accordo con le OO.SS. concluso per l'occasione in data 6 agosto 2001 stabilisce al punto D) "Misure a tutela dell'occupazione", para 2) che "in caso di (...) scioglimento, per qualsiasi causa, della convenzione stipulata tra la Vi.Abilità e la Provincia (...) la Provincia si impegna sin d'ora formalmente a ripristinare ad ogni effetto e senza soluzione di continuità il rapporto di lavoro in essere con i lavoratori trasferiti (...) e garantendo ad essi tutti i diritti previsti per il caso di trasferimento d'azienda ex art. 2112

c.c.(...) in caso di dismissione parziale dell'attività di gestione della viabilità da parte di Vi.abilità spa, anche dovuta a parziale annullamento del contratto o a revisione degli accordi in essere tra la società e la Provincia che comportino risoluzione parziale del contratto, la Provincia si impegna a retrocedere la parte di attività non più gestita da Vi.abilità Spa e, conseguentemente, a ripristinare in capo a sé i rapporti di lavoro dei lavoratori ex dipendenti della Provincia occupati nella parte di attività retrocessa garantendo tutti i diritti di cui all'art. 2112. c.c.";

Premesso quanto sopra, l'amministrazione comunica che intende riesaminare l'assetto societario per conformarlo all'attuale normativa per le società affidatarie di servizi pubblici, rivedendo perciò il contratto di servizio onde riassumere in capo all'ente tutti o parte dei compiti affidati.

Tale intendimento avrebbe come effetto l'incremento della dotazione organica e l'aumento della spesa del personale.

A questo punto, l'unica ipotesi che, a giudizio della Provincia, renderebbe possibile la deroga al principio di riduzione della spesa di personale è il rispetto delle tre condizioni fissate dall'art 1, comma 557, ultimo periodo, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, la prima delle quali (il rispetto nell'ultimo triennio del patto di stabilità) non raggiungibile in quanto l'ente nel 2005 non ha rispettato il patto.

L'ente in definitiva chiede se sia possibile aumentare la dotazione organica e la spesa per il personale nel caso di riassunzione di

attività in precedenza esternalizzate, anche se non si rispettano i requisiti richiesti dal comma 557.

#### DIRITTO

Il quesito è da ritenersi ammissibile sotto il profilo soggettivo (quesito posto dall'organo rappresentativo dell'ente locale) e oggettivo (attinenza alla materia di contabilità pubblica ed in particolare a norme, quelle della legge finanziaria, che sono principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica).

Nel merito è opportuno premettere che l'ente locale non può prescindere dalla ricognizione della sussistenza del presupposto richiesto dall'art. 3, comma 27, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 per il mantenimento di partecipazioni in società ovvero quello della "stretta necessità per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali", sicchè la presenza della motivata delibera (di cui al successivo comma 28) del Consiglio provinciale (competente ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. e) del TUEL) che eventualmente autorizzi il mantenimento della partecipazione appare atto necessitato e preliminare ad un'operazione di reinternalizzazione del servizio medesimo.

Difatti, la norma, la cui ratio è la tutela della concorrenza e del mercato, pur non vietando espressamente processi di reinternalizzazione, appare contraria al coinvolgimento sostanziale della P.A. nelle attività non strettamente necessarie alla sua missione istituzionale, indipendentemente dalla veste societaria o pubblica dell'organizzazione che ad essa sovritenda.

Da ciò deriva che, a partire dal 1° gennaio 2008, in presenza di un eventuale diniego di autorizzazione al mantenimento, la cessione a terzi (estranei al novero delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 165/2001) della partecipazione vietata è obbligatoria, per effetto dell'art. 3, comma 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e non alternativa a processi di reinternalizzazione, così come non sono possibili operazioni, quali la reinternalizzazione di un servizio precedentemente esternalizzato, tali da comprimere le esigenze di tutela della concorrenza e del mercato sottese alla normativa della finanziaria del 2008, senza una preventiva valutazione da parte dell'organo elettivo dell'ente locale dell'appartenenza dell'attività svolta dalla società partecipata al core business dell'azionista pubblico.

In secondo luogo la scelta in ordine alla esternalizzazione come al processo inverso della reinternalizzazione (o re-insourcing) di un servizio deve scaturire da un'attenta valutazione da parte dell'ente locale dei vantaggi dell'operazione, in termini sia di efficienza che di economicità del servizio, per cui la pianificazione dell'operazione dovrebbe rendere conto del fatto che i costi di gestione gravanti sulla società subirebbero un decremento in caso di riassunzione dei compiti in capo all'ente locale (in tal senso la necessità del conseguimento di economie di gestione appare condizione necessaria ricavabile dall'art. 29, 1° comma, della legge 448/2001 essendo tale disposizione espressione di un

principio immanente in ogni processo di trasformazione organizzativa della P.A.).

Per quanto attiene ai profili giuridici, l'operazione prospettata dall'amministrazione provinciale avrebbe come effetto l'incremento della dotazione organica e l'aumento della spesa del personale.

Invero, l'aumento delle spese di personale per l'ente locale, derivante dalla reinternalizzazione, venendo in contrasto con il generalizzato principio di riduzione richiede la contestuale realizzazione delle tre condizioni fissate dall'art. 1, comma 557, ultimo periodo, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, come modificato dall'art. 3 comma 120 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, la prima delle quali (il rispetto nell'ultimo triennio del patto di stabilità) non raggiungibile, nel caso specifico, in quanto l'ente nel 2005 non ha rispettato il patto.

La Sezione regionale di controllo della Corte dei conti per la Toscana si è già espressa (con delibera n. 21P/2007 del 21 dicembre 2007) su un quesito similare posto da un Comune non soggetto a patto. Si trattava, in particolare, della progettata gestione in economia del parco archeologico già gestito da terzi e, quindi, di una reinternalizzazione di un servizio. In quell'occasione la Sezione toscana aveva ritenuto non legittima la prevista assunzione di personale a tempo determinato e con collaborazioni coordinate e continuative, in quanto contrastante con i vincoli fissati dall'art. 1 comma 562 della legge finanziaria per il 2007, la

cui formulazione non concedeva neppure "spazi valutativi riferiti all'economicità o proficuità delle scelte gestionali dell'ente".

Quindi, anche nel caso di un ente sottoposto ai vincoli di patto il dettato dell'art. 1, comma 557, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, come modificato dall'art. 3, comma 120, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, ponendo un obiettivo di riduzione della spesa con carattere di vincolatività, non lascia intravedere margini per un aumento di spese di personale, nel caso in cui, come già esposto, l'ente non rispetti le condizioni ivi previste per la deroga a tale obiettivo, come neppure appare possibile che assunzioni di personale avvengano extra dotazione organica.

Quanto all'ipotesi di riassumere il personale già dipendente della Provincia e trasferito alla società, nonché di assumere il personale reclutato dalla società senza procedure concorsuali di carattere pubblicistico occorre svolgere ulteriori considerazioni.

In ordine a tali aspetti viene in considerazione l'art. 31 del D.Lgs. 165/2001 (che riproduce il testo della norma dell'art. 34 D.Lgs 29/1993) concernente l'istituto della c.d. mobilità collettiva obbligata secondo il quale "fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applicano l'articolo 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'articolo 47, commi da 1 a 4, della legge 29

dicembre 1990, n. 428". Esso non disciplina nè l'ipotesi inversa del trasferimento di attività (e del conseguente passaggio del personale) da soggetti privati a pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, né l'ipotesi del trasferimento e della successiva ripresa dell'attività da parte della medesima pubblica amministrazione.

Invero, l'assenza di una normativa sul punto non appare espressione di una lacuna ordinamentale.

Difatti, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni non può prescindere dall'osservanza dell'art. 97, 3° comma, Cost. che fissa nel nostro ordinamento il principio costituzionale dell'accesso al pubblico impiego per concorso, di cui è applicazione l'art. 35 del D.Lgs. 165/2001, ai cui principi, in base all'ultimo comma, si uniforma necessariamente il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi di ogni ente locale.

La riserva di legge che la Carta costituzionale ha stabilito per le eccezioni a tale principio richiede l'espressione di una chiara ed univoca volontà da parte del legislatore nazionale.

L'indirizzo è stato ribadito non solo da costante ed uniforme giurisprudenza costituzionale, ma anche dagli interventi legislativi succedutisi negli anni, tesi a garantire il requisito dell'espletamento di procedure concorsuali anche nei casi di reclutamenti speciali (come da ultimo in tema di stabilizzazione in base all'art. 3, comma 90, della legge 244/2007).

Sufficiente è, a tal proposito, il richiamo all'art. 36, comma 6, del D.Lgs. 165/2001, in base al quale "in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione" (in maniera conforme da ultimo la circolare n. 5/2008 del Dipartimento della Funzione Pubblica).

PQM

la Sezione regionale di controllo per il Veneto rende il proprio avviso nei termini di cui in parte motiva.

Copia della presente deliberazione sarà trasmessa, a cura del Direttore della segreteria, al Presidente della Provincia di Vicenza.

Così deliberato in Venezia, nell'adunanza dell'8 maggio 2008.

L'estensore

Il Presidente

dott. Luca FAZIO

dott. Bruno PROTA

Depositato in Segreteria il 22/05/2008

Il Direttore Amministrativo

D.ssa Raffaella BRANDOLESE