



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE DEI CONTI
IN
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai Magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Giuseppe Zola	Consigliere
dott. Alessandro Napoli	Referendario
dott.ssa Laura De Rentiis	Referendario
dott. Donato Centrone	Referendario
dott. Francesco Sucameli	Referendario (relatore)
dott. Cristiano Baldi	Referendario
dott. Andrea Luberti	Referendario

nella camera di consiglio del 26 luglio 2012

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (T.U.E.L.);

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista la nota n. 14539/VII.2 pervenuta in data 29 giugno 2012, con la quale il comune di Calolziocorte (LC), ha chiesto un parere nel quadro delle competenze attribuite alla Corte dei conti dalla legge n. 131 del 2003;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla prefata richiesta;

Udito il relatore, Francesco Sucameli.

OGGETTO DEL PARERE

Il sindaco del comune menzionato in epigrafe ha formulato alla Sezione una richiesta di parere concernente la compatibilità con il vigente art. 6-bis del Dlgs. 165/2001 (testo unico del pubblico impiego, T.U.P.I.) di un'ipotesi di riorganizzazione del proprio personale che, attualmente, svolge in economia servizi scolastici per la prima infanzia. Parte essenziale di tale riorganizzazione, infatti, è l'aumento della quota di questi servizi affidati in *outsourcing* ad una cooperativa sociale (che già concorre all'erogazione del servizio).

Come è noto, infatti, ai sensi della prefata norma del T.U.P.I. (disposizione introdotta dall'articolo 22, comma 1, Legge n. 69 del 2009): «1. *Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, nonché gli enti finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello Stato sono autorizzati, nel rispetto dei principi di concorrenza e di trasparenza, ad acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione e di adottare le necessarie misure in materia di personale e di dotazione organica.*

2. Relativamente alla spesa per il personale e alle dotazioni organiche, le amministrazioni interessate dai processi di cui al presente articolo provvedono al congelamento dei posti e alla temporanea riduzione dei fondi della contrattazione, fermi restando i conseguenti processi di riduzione e di rideterminazione delle dotazioni organiche nel rispetto dell'articolo 6 nonché i conseguenti processi di riallocazione e di mobilità del personale.

3. I collegi dei revisori dei conti e gli organi di controllo interno delle amministrazioni che attivano i processi di cui al comma 1 vigilano sull'applicazione del presente articolo, dando evidenza, nei propri verbali, dei risparmi derivanti dall'adozione dei provvedimenti in materia di organizzazione e di personale, anche ai fini della valutazione del personale con incarico dirigenziale di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286».

Attualmente il servizio è organizzato in tre aree: asilo nido; sezione primavera; centro gioco. L'attività per le prime due aree è svolta in economia, con 3 educatrici comunali per ogni area; peraltro, per l'asilo nido, si ricorre già al personale esterno proveniente da una

cooperativa sociale, per coprire il fabbisogno di prestazioni oltre l'orario ordinario di lavoro; alla stessa cooperativa sociale è affidata in *outsourcing* l'attività del centro gioco.

Tanto premesso, il sindaco evidenzia che a causa di una serie di prescrizioni del medico addetto alla sicurezza sul lavoro, la gestione dei servizi è stata sofferente e perciò appare necessaria una riorganizzazione degli stessi, con redistribuzione del personale e parziale ulteriore esternalizzazione: pertanto – poiché il medico segnala la necessità che i lavoratori comunali addetti alle attività in questione siano assegnati alla cura di minori di età superiore, per evitare il ricorrere di alcune patologie riscontrate (patologie che però, si specifica, non hanno comunque determinato il venir meno dell'idoneità specifica alla mansione assegnata a tali lavoratori) – il comune intenderebbe procedere come di seguito specificato.

Da un lato, il personale comunale verrebbe concentrato sui servizi di area "sezione primavera" e "centro gioco", impiegando rispettivamente 3 e 2 educatrici (quindi un totale di 5, anziché gli attuali 6 addetti). L'unità di personale eccedente (allo stato impiegata nei servizi per la prima infanzia) verrebbe invece spostata, in mobilità interna, sui servizi anagrafici del comune, nella prospettiva di sostituzione di un dipendente prossimo al pensionamento.

Il servizio di asilo nido verrebbe invece affidato alla cooperativa sociale poc'anzi menzionata (la quale, al momento, si limita a fornire personale per l'orario di lavoro eccedente l'ordinario), per contro essa perderebbe la competenza per i servizi d'area "centro gioco".

In definitiva, la riorganizzazione comporterebbe, per la cooperativa, la necessità di mettere a disposizione un lavoratore in più a tempo pieno, per il comune, invece, a fronte dell'invarianza del personale complessivo, il godimento delle prestazioni di una risorsa ulteriore in regime di *outsourcing*, in carico e retribuita dalla cooperativa sociale (società che percepisce un corrispettivo complessivo come fornitrice del servizio).

Tanto esposto in fatto, il comune chiede si sapere:

i) se la prospettata riorganizzazione del servizio per la prima infanzia come sopra delineata sia da ritenersi praticabile con espresso riferimento alle norme che disciplinano la esternalizzazione dei servizi (art. 6-bis del Dlgs. n. 165/2001), ovvero non si imponga per il comune la concessione della gestione complessiva del servizio con esternalizzazione del relativo personale comunale;

ii) se la maggiore spesa per prestazioni della cooperativa a compensazione della unità di personale spostata con mobilità interna debba essere computata quale spesa di personale.

PREMESSA

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze attribuite alla Corte dei conti dalla legge n. 131 del 2003 (recante la disciplina d'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3).

Pertanto, la prima questione che si pone, riguardo al descritto quesito, è quella del rispetto delle condizioni di legge per accedere alla funzione consultiva della Corte. A tal fine si rammenta che ai sensi dell'art. 7, comma 8, della citata legge n. 131 del 2003, Regioni, Province e Comuni possono chiedere alle Sezioni regionali – di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito – pareri in materia di contabilità pubblica, nonché ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

AMMISSIBILITÀ SOGGETTIVA

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, si osserva che, per consolidata giurisprudenza, gli enti elencati dalla legge possono rivolgersi direttamente alla Corte in funzione consultiva, senza passare necessariamente dal Consiglio delle autonomie locali.

Poiché il sindaco è l'organo istituzionalmente legittimato a rappresentare l'ente (in sostituzione del sindaco, normalmente legittimato ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.), la richiesta di parere è proposta dall'organo legittimato a proporla ed è pertanto soggettivamente ammissibile.

AMMISSIBILITÀ OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo di ammissibilità del quesito, in premessa occorre rammentare che la disposizione contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 131/2003 deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma, rese esplicite, in particolare, con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri in materia di contabilità pubblica.

Secondo le Sezioni riunite della Corte dei conti – intervenute con una pronuncia in sede di coordinamento della finanza pubblica, ai sensi dell'art. 17, comma 31 del decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102 – il concetto di contabilità pubblica deve essere incentrato sul *"sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici"* da intendersi in senso dinamico in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (Deliberazione del 17 novembre 2010, n. 54).

Tuttavia, l'inerenza ad una materia di contabilità pubblica non esaurisce i presupposti di ammissibilità oggettiva di un quesito, presupposti che vanno ricavati, oltre che dalla lettera della legge, dalla natura della funzione consultiva. Essi vanno stabiliti in negativo, delineando il rapporto tra tale funzione e, da un lato, l'attività amministrativa, dall'altro, la funzione giurisdizionale civile, penale, amministrativa e contabile.

Rispetto all'attività amministrativa, questa Sezione, in più occasioni, ha riconosciuto che la funzione di cui al comma 8 dell'art. 7 della Legge n. 131/2003, è una facoltà conferita agli amministratori di Regioni ed enti locali per consentire loro di avvalersi, nello svolgimento delle funzioni loro intestate, di un organo neutrale e professionalmente qualificato, in grado di fornire gli elementi di valutazioni necessari ad assicurare la legalità della loro azione: è innegabile che i pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nello svolgimento dei procedimenti degli enti territoriali consentendo, nelle tematiche in relazione alle quali la collaborazione viene esercitata, scelte adeguate e ponderate.

Peraltro, la stessa giurisprudenza contabile ha puntualmente rammentato che dalla funzione consultiva resta esclusa qualsiasi forma di cogestione o co-amministrazione con l'organo di controllo esterno (cfr. *ex multis* parere sez. Lombardia, 11 febbraio 2009, n. 36). Quindi, i quesiti, oltre a riguardare una questione di contabilità pubblica, devono avere carattere generale ed essere astratti, cioè non direttamente funzionali all'adozione di specifici atti di gestione, che afferiscono alla sfera discrezionale della potestà amministrativa dell'ente.

In secondo luogo, oltre a non intervenire nell'attività amministrativa nei termini predetti, tale funzione consultiva non deve sovrapporsi con l'esercizio di altre funzioni di controllo della Corte, né tantomeno interferire con l'esercizio di funzioni giurisdizionali (in sede civile, penale, amministrativa o contabile).

Con specifico riferimento alla richiesta di parere oggetto della presente pronuncia, non può non essere rilevato che il tenore delle richiesta di parere tende ad interferire con specifiche e concrete decisioni su cui la Sezione non può dare dirette indicazioni, pena l'interferenza con la funzione amministrativa riservata all'ente, su cui, peraltro, la Corte non può svolgere forme atipiche di controllo preventivo di legittimità.

Pertanto, la presente delibera tende a chiarire esclusivamente il quadro dei principi applicabili alle questioni prospettate, rimanendo nella totale discrezionalità e responsabilità dell'ente l'assunzione delle decisioni conseguenti, concernenti tanto l'organizzazione del personale quanto i riflessi in termini di esternalizzazione dei servizi.

Di conseguenza l'ammissibilità del primo quesito va ridimensionata nei termini stretti di valutazione del significato normativo da attribuire alle condizioni dell'esternalizzazione, rimanendo al comune ogni residua valutazione in fatto sulla percorribilità delle soluzioni prospettate.

Tanto precisato, l'istanza risulta essere oggettivamente ammissibile e può essere esaminata nel merito, in quanto concernente la corretta applicazione di norme disciplinanti la spesa corrente dell'ente, segnatamente la spesa per il personale.

MERITO

1. In via preliminare, si rammenta che ogni la scelta amministrativa, quando realizzata spendendo la capacità negoziale di diritto comune dell'ente (art. 1 e 1-ter della L. n. 241 del 1990), presuppone due momenti volitivi distinti, articolabili in una fase pubblicistica, di carattere prodromico, e una propriamente negoziale: la prima è sostanzialmente riconducibile alla determinazione a contrarre, fase preliminare di ogni procedura ad evidenza pubblica.

La struttura bifasica dell'agire di diritto comune degli enti pubblici è stata messa in evidenza dal Consiglio di Stato, nell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2011: in tale arresto il Supremo Consesso amministrativo ha evidenziato che gli atti pubblicistici vanno, sul piano logico, cronologico e giuridico, tenuti nettamente distinti dai successivi atti negoziali cui sono prodromici. Nell'atto amministrativo si condensano le valutazioni sugli interessi pubblici (espressi dalla legge con l'indicazione degli scopi e dei limiti all'agire giuridico dell'amministrazione) che, sul piano negoziale, il più delle volte, rimangono estranei alla causa giuridica, segnalandosi come meri "motivi", di norma irrilevanti per il diritto privato.

Nel caso di negozi con cui si realizza un'esternalizzazione, la preliminare decisione pubblicistica deve riscontrare che la decisione di esternalizzare persegua l'efficientamento della p.a. e non si ponga in contrasto con i limiti ordinamentali, tanto di carattere interno, quanto di carattere esterno.

Infatti, dall'art. 6-bis del T.U.P.I. si ricava che, sul piano interno, la decisione di esternalizzazione deve perseguire, innanzitutto, quale interesse pubblico primario, "economie di gestione".

Sul piano esterno, l'ente deve osservare le altre norme che pongono vincoli sul piano della finanza pubblica (in questo caso i limiti alla spesa corrente e per il personale) e dell'attività contrattuale (che consentono di contemperare gli interessi pubblici con quelli privatistici e secondari in gioco, realizzando in un tempo tutela della concorrenza e salvaguardia delle finanze, con la ricerca dell'offerta economicamente ottimale).

2. Tanto premesso, quanto al primo quesito, occorre soffermarsi sui significati normativi determinati dalla disposizione che il comune giustamente evoca come rilevante nella fattispecie, ovvero, l'art. 6-bis T.U.P.I., introdotto dalla Legge n. 69 del 2009.

Tale disposizione è centrale nella fase pubblicistica di cui sopra si è opportunamente fatto cenno.

La norma, invero, non costituisce una novità assoluta nel panorama delle disposizioni concernenti i processi di esternalizzazione in quanto, da un lato, espressiva di principi che sono

ricavabili dal sistema ed in particolare dall'art. 97 Cost. (che sancisce il principio del buon andamento della pubblica amministrazione), dall'altro, perché segue ad una disposizione in linea con la stessa *ratio* di efficienza, nel caso più specifico della riorganizzazione dell'ente in forma di "gruppo municipale", articolato in organismi di cui detiene le partecipazioni (art. 3, comma 30, della Legge n. 244 del 2007, Finanziaria 2008).

Sulla seconda norma, più risalente, la Sezione ha avuto occasione di pronunciarsi in diverse occasioni (cfr., *ex plurimis*, Lombardia n. 245/2009/PRSE del 28 maggio 2009; nn. 640 e 1026/2009/PAR, rispettivamente del 17 settembre e 17 novembre 2009; n. 104/2010/PAR del 9 febbraio 2010) mettendo in evidenza che il trasferimento di personale a organismi partecipati cui possono essere esternalizzati servizi (*rectius*, nel linguaggio del Legislatore, "decentrati") va effettuato in base al principio di separazione dei rapporti di lavoro (nonostante siano ascrivibili allo stesso "gruppo municipale", con conseguente divieto di meri distacchi e comandi) e allo stesso tempo deve essere organizzativamente neutro (in quanto gli enti devono provvedere «*alla corrispondente rideterminazione della propria dotazione organica*»).

La norma del 2008, peraltro, è una norma specifica e limitata, perché non riguarda in sé il fenomeno delle esternalizzazioni, ma come si è detto, le regole da seguire nella prodromica riorganizzazione dell'ente che preveda forme di decentramento soggettivo dei servizi (attraverso la costituzione o partecipazione a "società o enti, comunque denominati"). Non riguarda, peraltro, se non indirettamente, l'esternalizzazione *tout court* verso soggetti totalmente distinti (anche dal punto di vista sostanziale) dall'amministrazione.

In quest'ottica si pone, piuttosto, la successiva norma in commento, ovvero l'art. 6-bis del T.U.P.I. che, da un lato, codifica espressamente il presupposto-principio di "economicità della gestione" e, dall'altro, contorna questo stesso principio di una serie di prescrizioni di dettaglio sotto il profilo della politica del personale.

Non si può non osservare che la *ratio* della norma è ispirata ad una logica assai restrittiva verso indiscriminati processi di esternalizzazione che non abbiano adeguata attenzione per il profilo della spesa e della sua riduzione, specie dal punto di vista della voce "personale".

Riproducendo la logica che caratterizza simili decisioni economiche nel settore privato, infatti, l'esternalizzazione è vista come una scelta organizzativa e gestionale che può essere razionalmente perseguita solo ove non sia foriera di una duplicazione di spese: pertanto, al trasporto all'esterno dei costi di produzione del servizio prima prodotto *in house*, deve corrispondere un risparmio superiore al corrispettivo per l'*outsourcing*.

È evidente che la principale preoccupazione della norma, quindi, è quella di obbligare l'ente ad una simile verifica preventiva della razionalità della scelta in termini di riduzione e non duplicazione delle spese, specie dal punto di vista del personale, come testimonia, del resto, l'inserimento della disposizione nel testo unico del pubblico impiego.

Per tale ragione, il Legislatore, al comma 1, fissa le condizioni dell'esternalizzazione, come di seguito specificato: 1) nella verifica di conseguenti "economie di gestione"; 2) nel compimento delle "necessarie misure" in materia di personale e dotazioni organiche.

Successivamente, il comma 2, con un maggior dettaglio, si sofferma sul contenuto di tale "necessarie misure" in tema di personale, che vanno dal «*congelamento dei posti e alla temporanea riduzione dei fondi della contrattazione, fermi restando i conseguenti processi di riduzione e di rideterminazione delle dotazioni organiche nel rispetto dell'articolo 6 nonché i conseguenti processi di riallocazione e di mobilità del personale*»

Detto in altri termini, con riguardo al secondo presupposto di cui al comma 1, l'ente dovrà riorganizzare il proprio personale in modo che: a) la dotazione organica sia ridotta in corrispondenza delle unità che operavano nei settori esternalizzati; b) sia ridotto proporzionalmente il fondo per la contrattazione decentrata; c) l'amministrazione provveda a "processi di riallocazione e di mobilità del personale" (cfr. in proposito SRC Campania, delibera n. 379 del 16 dicembre 2010).

Mentre il contenuto delle misure di cui ai punti a) e b) sono di immediata percezione, più complesso e delicato appare la definizione del contenuto delle misura di cui al punto c). Si tratta, in altri termini, di comprendere se la legge richieda o meno una corrispondente riduzione della quota di personale che era innanzi impiegata nel servizio esternalizzato.

In proposito, si osserva che il "processo di riallocazione e mobilità" non può non essere interpretato in linea con il primo presupposto, che impone complessive economie di gestione.

In primo luogo, a fronte del corrispettivo (nel caso di specie, il maggiore corrispettivo) che l'ente prevede dovrà sborsare per le prestazioni in *outsourcing*, vi deve essere la previsione di un immediata (o almeno prospettica nell'arco del triennio, assunto dal Legislatore come standard della programmazione della politica di bilancio) riduzione della spesa dell'ente, partitamente considerata nelle sue componenti di personale, altra spesa corrente o, se sussiste, spesa in conto capitale.

In secondo luogo, la somma di queste economie deve essere superiore al corrispettivo di cui si prevede che l'ente dovrà farsi carico in relazione all'*outsourcing*.

In questa prospettiva, le operazioni di "riallocazione e mobilità" non possono essere meri processi di redistribuzione interna, ma razionalizzazioni del personale che si traducano in un decremento complessivo dello stesso.

Pertanto, in linea tendenziale, le unità di personale e/o la relativa spesa complessiva dovranno diminuire per effetto di processi di mobilità esterna o riallocazioni che comportino la copertura di posizioni in organico – già conseguentemente ridotto in base alle misure necessarie di cui al punto a) – rimaste vacanti per cessazioni ad altro titolo.

Ciò sempreché l'ente non dimostri, con delibera motivata, che a fronte dell'invarianza della propria spesa complessiva per il personale, l'esternalizzazione determini comunque una

diminuzione di altre spese che compensano o superano la somma che esso dovrà corrispondere al destinatario dell'esternalizzazione.

Tutto ciò, ovviamente, impregiudicato il rispetto dei limiti finanziari in tema di spesa per il personale.

Si aggiunga, altresì, che se l'esternalizzazione viene valutata come alternativa all'assunzione di nuovo personale, resosi indispensabile per l'ente (il quale è in condizione – di fatto e di diritto – di reclutare nuovo personale) il raffronto tra corrispettivo e riduzione di spesa attesa andrà fatto calcolando la spesa di personale ipotetica (comprensiva della componente di personale di cui si intenderebbe procedere ad assunzione).

3. Passando all'analisi del secondo quesito – salva l'accertata elusione della normativa in tema di personale nei casi concreti – appare evidente che l'eventuale costo sostenuto come corrispettivo verso enti che non sono soggettivamente riconducibili all'Amministrazione non può, neanche *pro quota* e indirettamente, qualificarsi come spesa per il personale, ma, a seconda della natura dell'attiva commissionata, spesa corrente o in conto capitale per beni o servizi.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

L'estensore
(Dott. Francesco Sucameli)

Il Presidente
(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il
30 luglio 2012
Il Direttore della Segreteria
(Dott.ssa Daniela Parisini)