

AVV. TIZIANA SODANI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Comune di Frosinone

Parere pro veritate

In riferimento alla richiesta di parere pervenuta al sottoscritto avvocato dal Comune di Frosinone, giusta determina 2517/2012 del 09.11.2012 e disciplinare di incarico, avente ad oggetto "valutazione della situazione in essere tramite la redazione di un piano di azione e di sviluppo che verifichi e suggerisca le possibili modalità di gestione e affidamento dei servizi e l'adozione di misure a tutela dell'occupazione nell'ottica della garanzia ,efficienza ed economicità dei servizi e l'adozione di misure a tutela dell'occupazione tenendo anche conto della costituita Servizi Strumentali srl", prima di affrontare nel merito la questione di che trattasi è opportuno premettere sinteticamente brevi cenni sulla evoluzione storica e normativa degli istituti astrattamente applicabili al caso in esame.

Tale ricostruzione è avvenuta chiaramente sulla base dell'esame di atti, e documenti, forniti dall'ente, che verranno acclusi al presente parere per farne parte integrante e sostanziale.

A) Cenni storici sulla costituzione della Frosinone Multiservizi spa e della Servizi Strumentali srl .

Nell'anno 2004 la Regione Lazio, per il tramite della Società Proteo Spa (oggi Sviluppo Lazio Spa), la Provincia di Frosinone, il Comune di Frosinone ed il Comune di Alatri deliberavano la costituzione di una società per la gestione dei servizi locali, mediante la stabilizzazione di lavoratori socialmente utili.

Con atto a Rogito Notar Giovanni Piacitelli rep.n.58937 Racc.121115, tra i predetti enti veniva quindi costituita la Società Frosinone Multiservizi Spa, con sede presso il Comune di Frosinone e **con finalità sociali, economiche, culturali ed occupazionali e ad oggetto plurimo, con capitale**

AVV. TIZIANA SODANI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

sociale di €.1.034.000,00, suddiviso in n.1.034.000 azioni del valore nominale di €.1 cadauna, sottoscritto, per n.506.600 azioni alla Proteo, 206.800 alla Provincia di Frosinone, 206.800 al Comune di Frosinone e 113.740 al Comune di Alatri (doc.n.1- Atto Costitutivo e Statuto)

All'interno della citata società venivano occupati n.145 unità presso il Comune di Frosinone, part-time a 30 ore settimanali, 39 presso il Comune di Alatri part-time a 30 ore settimanali, oltre ad 8 unità di Staff, di cui 7 a full time ed 1 part-time a 30 ore settimanali, per un totale di 192 unità, per arrivare alle attuali 208 unità (doc. n.2 - Comunicazione Multiservizi Comune Frosinone del 12.07.2012)

Nel corso degli anni, anche in ragione della normativa europea, nazionale, e della giurisprudenza costituzionale e soprattutto dei notevoli tagli alla spesa pubblica imposti dalla crisi economica e dalle manovre di contenimento della spesa pubblica, la Frosinone Multiservizi spa, non costituiva più un modello di gestione efficiente dei servizi pubblici esternalizzati e ad essa affidati, che peraltro andavano a scadenza tra il 30 giugno 2011 e il 31.12.2011, e che nelle more di uno studio di fattibilità anche di salvaguardia delle risorse umane venivano prorogati.

Con assemblea straordinaria del 03.08.2011 la Frosinone Multiservizi Spa veniva sciolta e deliberata la sua messa in liquidazione, con nomina dei liquidatori (cfr. doc. n.3- delibera C.C. n.50 del 28.12.2011 , con allegato atto costitutivo e statuto Servizi Strumentali srl) e veniva costituita tra il Comune di Frosinone ed il Comune di Alatri la Servizi Strumentali Srl, interamente a capitale pubblico, costituita all'85% dal Comune di Frosinone ed al 15% dal Comune di Alatri, con la finalità di proseguire la esternalizzazione dei servizi propri degli enti costituenti e per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività degli enti soci (cfr. art.1 statuto societario)

La Multiservizi ha avviato quindi in data 9.11.2011 una procedura di licenziamento collettivo di tutto il personale dipendente apri a n.214 unità, sottoscrivendo un verbale presso la Regione Lazio

AVV. TIZIANA SODANI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

in data 29.02.2012 (doc.n.4), dove si è convenuto la proroga del termine di risoluzione dei rapporti di lavoro al 31.12.2012, con concessione della Cigs in deroga

Con delibera di Giunta Comunale n.206/2012 del 16.05.2012 si deliberava che nelle more della fase di attuazione del progetto di -transito delle attività dalla Multiservizi Spa in liquidazione alla neocostituita Servizi Strumentali Srl e di prorogare sino al 31.05.2012 i servizi già scaduti e prorogati alla Multiservizi in liquidazione, (doc.n.5).

In concomitanza alla costituzione della nuova società ed alla fase di liquidazione della Multiservizi veniva, ai sensi dell'art. 47 della L.N.428/90 avviata la procedura per l'affitto del ramo d'azienda di detta società- costituita da n.145 dipendenti addetti direttamente al Comune di Frosinone e di altre 7 unità di Staff (sulle 8 occupate), subordinando però il citato trasferimento, nell'accordo del 02.05.2012, a determinate condizioni, tra cui un riduzione dell'orario di lavoro oltre che alla verifica presso la Regione Lazio della certezza di ammortizzatori sociali (doc.n.6).

Nel contratto di affitto di ramo d'azienda, stipulato in data 17.05.2012 al Rep. n.68866 la Multiservizi Spa in liquidazione ha concesso in affitto alla Servizi Strumentali Srl, il ramo d'azienda facente capo ai servizi del Comune di Frosinone per la durata di *circa tre anni* e nello stesso senso ha proceduto per il ramo d'azienda relativamente al Comune di Alatri. (doc.n.7)

Nulla si conosce in ordine alla ratifica da parte della Regione Lazio, dell'accordo sindacale siglato il 02.05.2012, che prevede specifiche modalità di gestione dell'esubero del personale, ratifica peraltro, cui l'art. 3 del contratto di cessione, espressamente condiziona sospensivamente l'efficacia dell'accordo di trasferimento.

E' da rilevare altresì che con successiva delibera di G.C. n. 293 del 31.07.2012 e n. 375 del 26.09.2012 venivano prorogati rispettivamente sino al 26.09.2012 e al 30.11.2012 (doc. n.8) i

AVV. TIZIANA SODANI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

contratti in essere, sussumendo tutte le situazioni e modifiche nelle more intervenute a livello legislativo, e costituzionale in relazione alla gestione dei servizi pubblici.

B) Quadro normativo e giurisprudenziale

In questo ultimo decennio, si è affermato il modello dell'*in house providing*, vale a dire della "autoproduzione", di servizi pubblici per cui l'amministrazione, nell'ambito della libertà di scelta fra i modelli organizzativi e gestori, decide di attingere a risorse proprie, ovvero di ricorrere a strutture ad essa collegate in modo così stringente da indurre a ritenere che si tratti di proiezioni organizzative dell'amministrazione stessa.

Tale forma di gestione è in contrasto col modello dell'esternalizzazione e rappresenta una ipotesi residuale in quanto derogatoria rispetto al ricorso al libero mercato.

Il quadro normativo interno in materia di servizi pubblici locali, già di per sé oggetto di un lungo processo di riforma, sembrava aver raggiunto un punto di arrivo nell'art. 23-bis, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112.

Invece, a seguito dell'esito del *referendum* del 12 e 13 giugno 2011, tale disposizione, unitamente al regolamento attuativo di cui al D.P.R. 168/2010, è stata abrogata (con effetto dal 21 luglio 2011 per effetto del D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113), lasciando un vuoto normativo da colmare, in quanto – come sancito dalla Corte costituzionale (sentenza 24/2010), chiamata a pronunciarsi circa l'ammissibilità del quesito referendario, "[...] all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte – sentenze 31/2000 e 40/1997 –, sia da quella della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di *referendum*) relativa alle regole concorrenziali minime

AVV. TIZIANA SODANI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica [...]”.

Occorre ricordare che l'art. 23-bis affermava la regola generale di affidamento tramite gara dei servizi locali di rilevanza economica e prevedeva un limitato ricorso all'affidamento *in house*, qualora si fossero verificate le situazioni cd. eccezionali di cui al comma 3, cioè quelle situazioni che “a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”, tale quindi da legittimare il ricorso all'affidamento diretto del servizio, in deroga al regime ordinario delle procedure ad evidenza pubblica.

Come detto, tale disposizione è stata abrogata e per porre rimedio alla *vacatio legis* che si è venuta a creare, il legislatore nazionale è intervenuto con il D.L.138/2011 che all'art. 4 ripristinava nella sostanza la previsione di cui all'art.23 bis.

La Corte Costituzionale con sentenza n.199 del 20.07.2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del D.L.138 e successive modificazioni.

Il 06.07.2012 è entrato in vigore il D.L.N.95 , successivamente convertito in L.N. 135 del 07.08.2012 che all'art. 4, inserisce una disciplina specifica per **le società che producono beni strumentali**, individuate come quelle società controllate direttamente e/o indirettamente dalle P.A. che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazioni di servizio a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% (si rimanda alla definizione di società strumentali di cui all'art. 13 del D.L. 07.07.2006 n.223, convertito in L.248/2006 ””*società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle Amministrazioni Pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività , con esclusione dei servizi pubblici locali.*””)

AVV. TIZIANA SODANI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

L'art. 4 prevede **per dette società strumentali** la loro liquidazione entro il 31.12.2013 o in alternativa l'alienazione delle partecipazioni detenute dalla P.A. entro il 30 giugno 2013, con procedura di evidenza pubblica e contestuale assegnazione del servizio per 5 anni non rinnovabili a decorrere dal 1 gennaio 2014 .

Il bando di gara considera , tra gli elementi rilevanti di valutazione dell'offerta, la tutela dei livelli di occupazione.

La norma inoltre vieta di poter affidare, alle citate società dal 1 gennaio 2014, servizi in forma diretta, e che dette società possano beneficiare di rinnovi contrattuali.

Sicché i servizi già affidati alle dette società, ove non vengano prodotti dalle stesse PP.AA. (e quindi reinternalizzati), devono essere acquisiti nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale ovvero con affidamento all'esterno (sulla base delle procedure previste ai commi 7 e 8 dello stesso articolo 4).

Rimane la possibilità di affidamento diretto dal 1.1.2014 solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui; ... restano altresì salve le acquisizioni in via diretta di beni e servizi il cui valore complessivo sia pari o inferiore a 200.000 euro in favore delle associazioni di promozione sociale di cui alla legge 7 dicembre 2000 n.383, degli enti di volontariato, ecc. (cfr. art.4 comma 8).

Da questa alternativa, liquidazione o esternalizzazione, restano escluse **solo quelle società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica**

Sul concetto di servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica, si rimanda ai principi delineati dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale(cfr, sentenze Corte Costituzionale

AVV. TIZIANA SODANI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

n.325 del 05.10.2010 e n.272 /2004) e dalla giurisprudenza comunitaria, che intende per interesse economico generale l'interesse che attiene a prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti e al tempo stesso che si riferisce a prestazioni da rendere nell'esercizio di un'attività economica, cioè di una qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato, anche potenziale e, quindi secondo un metodo economico finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quanto meno la copertura dei costi.

E' evidente quindi che questa deroga non è applicabile al caso in esame, atteso la natura strumentale della società - Servizi Strumentali-, che ben si evince dall'atto costitutivo e dallo Statuto oltre che dalla natura dei servizi ,che hanno come destinatario esclusivamente gli enti soci .

Né pare che possa ricorrere l'ulteriore ipotesi di esclusione prevista dal comma 3 dell'art. 4- quando "" per peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto anche territoriale non sia possibile per l'amministrazione pubblica un efficace e utile ricorso al mercato""- ipotesi questa che appare residuale anche alla luce dei numerosi pareri resi dall'Autorità Garante della Concorrenza.

Infine, sono previste forti limitazioni di carattere occupazionale e contrattuale per gli Enti strumentali: a decorrere dall'entrata in vigore del decreto (06.07.2012) e fino al 31 dicembre 2015, ad essi si applicano le disposizioni limitative delle assunzioni previste per l'amministrazione controllante (blocco parziale del turn-over); possono avvalersi di personale a tempo determinato ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa nel limite del 50 per cento della spesa sostenuta per le rispettive finalità nell'anno 2009 e, a decorrere dal 1° gennaio 2013 e fino al 31 dicembre 2014, il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti, compreso quello accessorio, non può superare quello ordinariamente spettante per l'anno 2011.

AVV. TIZIANA SODANI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

In questo innovato quadro normativo e sempre in riferimento a possibili soluzioni in relazione al personale occupato presso la Multiservizi srl ,da ultimo si segnala che la Corte dei Conti a sezioni riunite e proprio su richiesta del Comune di Frosinone , in una prospettata richiesta di rinternalizzazione del personale della Multiservizi, con pare n.4 del 3 febbraio 2012 ha concluso negativamente, dichiarando:

“-che l'ente locale, in caso di rinternalizzazione di servizi precedentemente affidati a soggetti esterni non possa derogare alle norme introdotte dal legislatore statale in materia di contenimento per la spesa del personale, trattandosi di disposizione, di natura cogente, che rispondono a imprescindibili esigenze di riequilibrio della finanza pubblica per ragioni di coordinamento finanziario, connesse ad obiettivi nazionali ancorati al rispetto di rigidi obblighi comunitari;

- che, in caso di trasferimento all'ente locale di personale assunto direttamente dalla società affidataria di servizi , non possa derogarsi al principio costituzionale del pubblico concorso, di cui è espressione anche l'art. 35 d.lgs n.165/2001; procedura, questa, non fungibile con sistemi selettivi limitati ai soli soggetti stabilizzandi e solo in parte idonei ad offrire le migliori garanzie di selezione dei più capaci in funzione dell'efficienza della pubblica amministrazione;

-che la disciplina di salvaguardia posta dagli artt. 31 del D.lgs n.165/2001 e 2112 c.c. non possa trovare applicazione, a pena di violazione del principio sancito dall'art. 97 comma 3 della Costituzione, nei confronti del personale assunto direttamente dalla società a totale partecipazione pubblica locale senza il ricorso alle procedure aperte di selezione pubblica”

Ciò posto e chiarito è evidente che la materia ancora in evoluzione ,(si veda anche il d.l. 18.10.2012 n.179-Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese) determina uno stato paludoso in cui è assolutamente difficile muoversi senza incorrere in evidenti responsabilità sul piano economico, finanziario, contabile e soprattutto sociale.

C) CONSIDERAZIONI

AVV. TIZIANA SODANI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Venendo quindi all'esame della questione, più da vicino, appare evidente che la delibera con cui è stata disposta la messa in liquidazione delle società Multiservizi spa, atto necessario e dovuto, sulla base della normativa innanzi richiamata, atteso altresì la perdita del capitale sociale subito e le perdite di bilancio acclarate ed il successivo atto notarile di affitto di ramo d'azienda alla neocostituita Servizi Strumentali Srl appare un percorso impossibile da proseguire e portare a compimento e ciò sotto diversi e concorrenti profili.

Vero è infatti che attraverso il contratto di affitto la Multiservizi srl, è destinata a rimanere in una fase di liquidazione per tutta la durata del contratto- TRE ANNI -, il che comporterebbe per il Comune di Frosinone la permanenza in partecipazione in due società, con evidente violazione del complesso quadro normativo tutto finalizzato alla riduzione della spesa pubblica, oltre che della previsione normativa contenuta nell'art.14 comma 32 della Ln.122/2010 di conversione del D.L.78/2010, che espressamente dispone".... *I comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere partecipazioni in una sola società; entro il 31.12.2011 i predetti comuni mettono in liquidazione le società già costituite...*"

La contestuale partecipazione in due società, determinerebbe quindi ai sensi dell'art. 1418 c.c. la nullità del contratto di affitto di ramo d'azienda, perché l'oggetto del contratto non è possibile e neanche lecito, ai sensi della previsione normativa innanzi richiamata- coesistenza della partecipazione del Comune di Frosinone a due società.

Peraltro si rileva che tale causa di nullità era presente ab origine.

D'altro canto, occorre ancora rilevare e, ciò solo per ulteriore scrupolo argomentativo, come il perfezionamento del contratto di affitto risulta comunque condizionato al fatto di un terzo e cioè, come si evince chiaramente dall'art. 3

"La decorrenza del contratto è comunque subordinata alla ratifica da parte della Regione Lazio all'accordo sindacale del 02.05.2012 che prevede specifiche modalità di gestione degli esuberanti ed il trasferimento della Cassa Integrazione in deroga alla società cessionaria per le unità lavorative

AVV. TIZIANA SODANI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

trasferite. Pertanto le parti dichiarano espressamente di subordinare l'efficacia del contratto all'avverarsi della suddetta ratifica ed approvazione costituendo la stessa condizione sospensiva ai sensi dell'art. 1353 c.c. ""

Tale condizione, per quello che è dato sapere ad oggi non si è verificata, né è possibile che possa più verificarsi, atteso che nel contratto di affitto del ramo d'azienda si prevedeva la decorrenza del contratto dall'11.6.2012 al 31.05.2015 - termine ormai scaduto; sicché la condizione -non essendosi verificata entro il predetto termine- ha travolto lo stesso contratto di affitto del ramo d'azienda.

In ogni caso occorre ancora rilevare come l'ultimo intervento legislativo, abbia ribadito nella previsione dell'articolo 4 lo sfavore nei confronti delle società partecipate dall'ente pubblico, prevedendo, come sopra esposto, solo due alternative: la loro messa in liquidazione entro il 31.12.2013 ovvero l'alienazione e, tale scure si abbatterebbe irrimediabilmente anche sulla Servizi Strumentali srl, che si qualifica nel suo atto costitutivo e nello statuto proprio come società strumentale, ma anche per i servizi indicati nell'oggetto sociale.

In definitiva l'ente si troverebbe oggi nella assurda situazione di dover porre in liquidazione anche quest'ultima società, attesa la sua struttura, incompatibile con la normativa vigente.

Sulla base delle considerazioni svolte a parere di chi scrive non è più possibile per il Comune di Frosinone, continuare ad affidare in forma diretta ad una società partecipata la fornitura di servizi pubblici, quali quelli precedenti resi dalla Multiservizi Spa.

Pertanto se l'obiettivo perseguito dal Comune di Frosinone, come anche si evince dalle delibere e dal quesito posto, sia anche quello di fornire garanzie di continuità del rapporto di lavoro in favore degli addetti alla Multiservizi Spa, allo stato attuale sarebbe impossibile perseguirlo attraverso l'affitto del ramo d'azienda, considerato il limite posto dall'art.18 della L.n.133/2008, che

AVV. TIZIANA SODANI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

trasferisce anche alle società di diritto privato a totale partecipazione pubblica e che gestiscono servizi pubblici locali, le limitazioni all'assunzioni previste per le P.A. dall'art. 35 d.lgv n.165/2001.

Sicché è di tutta evidenza che l'acquisizione in affitto da parte della Servizi Strumentali Srl del ramo d'azienda della Multiservizi Spa, non potrebbe comportare l'applicazione, per i lavoratori in forza, delle garanzie dell'art. 2112 c.c., né potrebbe comportare l'obbligo per essa cessionaria di assumerli ex novo.

In entrambi i casi infatti il contratto sarebbe affetto da nullità perché posto in essere per aggirare la norma imperativa contenuta nell'art.18 L.N.133/2008, ribadita anche nel comma 9 dell'art. 4 della legge n.135/2012.

Peraltro in questo senso depongono numerosi pareri della Corte dei Conti- oltre quello già reso proprio al Comune di Frosinone a sezioni unite, che si allegano, e che pur esaminando la vicenda sotto il profilo della reinternalizzazione dei servizi e dei dipendenti adibiti al servizio da reinternalizzare - hanno espresso i seguenti principi:

- non possono essere trasferiti presso gli enti locali tutti i dipendenti addetti al servizio da internalizzare , ma ciò è consentito solo nei ristrettissimi limiti di spesa per le assunzioni, quindi solo ed esclusivamente nell'ambito del piano occupazionale degli enti locali;
- il reintegro è ammissibile per gli originari dipendenti dell'ente locale già trasferiti in sede di esternalizzazione nonché per coloro che siano stati assunti direttamente dalla società con pubblico concorso, in conformità al principio sancito dall'art. 97, co. 3 della Costituzione;
- la possibilità di reintegro, in assenza di norme speciali o convenzionale, da cui sono esclusi i dipendenti assunti direttamente dalla società partecipata in carenza di procedure selettive previste dalla legge, è equiparabile al trasferimento d'azienda di cui all'art. 2112 c.c., ma è limitata anche alla capacità assunzionale dell'ente locale in relazione agli inderogabili vincoli di finanza pubblica;
- il trattamento giuridico ed economico del personale internalizzato è determinato dal contratto collettivo applicabile all'ente locale di destinazione e non da quello della società di appartenenza.

AVV. TIZIANA SODANI
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

L'unica alternativa possibile, a parere di chi scrive, insita nella legge, per tentare di garantire i livelli occupazionali è quindi quella di inserire nei bandi di gara una clausola di salvaguardia del personale occupato, tra gli elementi rilevanti di valutazione dell'offerta.

Restando a disposizione per ogni ulteriore chiarimento, porgo distinti saluti.

Si allegano i documenti richiamati nel parere.

In fede, 13 Novembre 2012.

Avv. Tiziana Sodani

