



REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL LAZIO

Nella Camera di consiglio del 26 giugno 2013

composta dai magistrati

dott. Ignazio FASO	Presidente;
dott. Rosario SCALIA	Consigliere relatore;
dott.ssa Carmela MIRABELLA	Consigliere;
dott.ssa Rosalba DI GIULIO	Consigliere;
dott.ssa Maria Teresa D'URSO	Primo referendario relatore;
dott.ssa Donatella SCANDURRA	Primo referendario;
dott.ssa Elena PAPA	Referendario.

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

VISTA la legge costituzionale 18 ottobre 2011, n.3;

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";

VISTA la legge 5 giugno 2003 n. 131, recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3";

VISTA la deliberazione delle Sezioni Riunite n. 14/CONTR./2000,

contenente il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti e ss.mm.ii.;

VISTA la deliberazione delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, del 26 marzo 2010, n. 8, recante "Pronuncia di orientamento generale sull'attività consultiva";

VISTA la deliberazione delle Sezioni Riunite della Corte dei conti, in sede di controllo, del 17 novembre 2010, n. 54;

VISTA la nota, acquisita al prot. n. 4002 del 5 giugno 2013, con la quale il Presidente della Regione Lazio ha inoltrato a questa Sezione una richiesta di parere ai sensi dell'art. 7, comma 8, legge n. 131/2003;

VISTA l'ordinanza n. 25 del 21 giugno 2013 con la quale il Presidente della Sezione ha convocato il Collegio per il giorno 26 giugno 2013;

UDITI nella Camera di consiglio i magistrati relatori, Consigliere Rosario Scalia e Primo referendario Maria Teresa D'Urso;

FATTO

Il Presidente della Regione Lazio ha inoltrato a questa Sezione, ai sensi dell'articolo 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003 n. 131, richiesta di parere riguardante l'applicabilità delle procedure e dei regimi assunzionali alla società CO.TRA.L. S.p.A. in relazione ai diversi vincoli e obiettivi posti dalla legislazione nazionale a tutela del principio di sana gestione finanziaria delle pubbliche amministrazioni.

In particolare l'Ente, premessa una disamina della normativa di settore, chiede:

- I. *quale sia il regime assunzionale (procedure di reclutamento, divieti e/o limitazioni) applicabile ad una società con le caratteristiche indicate in premessa (partecipata al 100% da parte della Regione Lazio, destinataria di affidamento in house e che ha conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni non superiore al 90% dell'intero fatturato); in particolare, se siano applicabili, oltre alle disposizioni dell'art. 18 del decreto legge n. 112/2008, anche quelle di cui agli articoli:*
- *4, commi 9 e 10, del decreto legge n. 95/2012, convertito dalla legge n. 135/2012;*
 - *3-bis, comma 6, del decreto legge n. 138/2011, convertito dalla legge n. 148/2011;*
- II. *se ed in che misura, alla luce delle norme suddette, debbano ritenersi applicabili gli articoli 35 e 36 del decreto legislativo n. 165/2001;*
- III. *in particolare, per le assunzioni a tempo determinato, se siano applicabili, in via diretta (ex art. 4, comma 10, del decreto legge n. 95/2012) o mediata (art. 9, comma 28, del decreto legge n. 78/2010), il limite del 50% della spesa sostenuta nel 2009 nonché gli ulteriori principi di cui all'art. 36 del decreto legislativo n. 165/2001;*
- IV. *Sempre con riferimento alle assunzioni a tempo determinato, quale sia il regime applicabile alle ipotesi di proroga e, in particolare, se sia estensibile la disposizione di cui al comma 5 del citato art. 36 del decreto legislativo n. 165/2001, che prevarrebbe sulla disciplina*

privatistica (decreto legislativo n. 368/2001) in forza della configurazione "in house" della società;

- V. *infine, se il richiamo ai principi valevoli per l'amministrazione controllante contenuto nei commi 1, 2 e 2-bis, art. 18 del decreto legge n. 112/2008 renda applicabili i commi 400 e 401, art. 1, della recente legge n. 228/2012.*

AMMISSIBILITÀ

La Sezione è chiamata, in via preliminare, a pronunciarsi sull'ammissibilità soggettiva e oggettiva della richiesta, con riferimento ai parametri derivanti dalla natura della funzione consultiva prevista dalla normativa vigente.

1. La richiesta di parere di cui sopra è intesa ad avvalersi della facoltà prevista dalla norma contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, la quale dispone che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possono chiedere alle Sezioni Regionali di controllo della Corte dei conti "pareri in materia di contabilità pubblica".

La funzione consultiva delle Sezioni Regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge n. 131/2003, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

Con particolare riferimento al profilo soggettivo, concernente l'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere degli Enti territoriali, si osserva che il Presidente della Giunta regionale, in quanto organo istituzionale di vertice e di rappresentanza legale della Regione, ai sensi

dell'art. 41 dello Statuto è certamente legittimato a formulare la richiesta di parere in questione, che pertanto deve considerarsi ammissibile sotto il profilo soggettivo.

2. Con riferimento alle condizioni di ammissibilità oggettiva, occorre rilevare che la disposizione contenuta nel comma 8, dell'art. 7 della legge n. 131/2003 - a tenore della quale le richieste di parere devono vertere sulla materia della contabilità pubblica - va raccordata con il precedente comma 7, che attribuisce alle Sezioni Regionali della 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.

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, tra l'altro, anche pareri in materia di contabilità pubblica.

Al riguardo, pur essendo stato più volte affermato che le Sezioni Regionali della Corte dei conti non svolgono una funzione consultiva a carattere generale in favore delle Regioni e degli Enti Locali, e che le attribuzioni consultive si connotano su quelle di controllo, è da rammentare che le Sezioni Riunite della Corte dei conti, intervenendo con una pronuncia in sede di coordinamento 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, hanno delineato una nozione unitaria della materia della contabilità pubblica, fondata sul *"sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e*

patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici”, da intendersi tuttavia in senso dinamico, anche in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri (cfr. deliberazione n. 54, in data 17 novembre 2010).

Al riguardo, si osserva che la sussistenza di uno specifico collegamento tra il sistema dei vincoli di natura finanziaria, posti dal Legislatore nazionale a presidio dell’obbligo di assicurare il tendenziale contenimento della spesa di personale, e il sistema delle regole – per alcuni aspetti avente natura derogatoria rispetto a quelle valevoli per il personale assunto nel settore privato per ciò che riguarda i limiti al rinnovo di contratti a tempo determinato – posto a base della gestione dei rapporti individuali di lavoro, è da ritenere individuabile, ormai, nella lettura integrata di ambedue i richiamati principi, dato che è giunto il tempo per ricostruirne l’effettivo rispetto da parte delle amministrazioni indicate nell’art. 1, c. 2, del d.lgs. n. 165/2001 e ss.mm.ii.

Il sostanziale intreccio che la Corte dei conti è chiamata a cogliere tra i vincoli di finanza pubblica fissati per contenere, nella sostanza, la crescita della spesa del personale delle istituzioni pubbliche e gli aspetti gestionali sottostanti ad essi, induce, in primo luogo, a una meditata riflessione sul ruolo della Corte dei conti, la quale, in sede di controllo sulla “sana gestione finanziaria” dell’Amministrazione regionale richiedente, non si è sottratta dal cogliere l’incidenza negativa che può avere la non corretta gestione dei rapporti di lavoro sul bilancio stesso, soprattutto quando l’incidenza della voce “spesa di personale” finisce per ridurne la manovrabilità¹.

¹ Cfr. sul punto, da ultimo, deliberazione n. 123/2013/FRG di questa Sezione sul Rendiconto generale della regione Lazio – esercizio finanziario 2011, pagg. 135-144, e, in particolare, par. 8.1.

L'attenzione alle decisioni assunte in tale campo da società e da altri organismi partecipati e i suoi effetti sugli equilibri del bilancio regionale è stata sempre alta².

Ad assumere, quindi, un ruolo di vigilanza rispetto agli equilibri di bilancio intesi in senso ampio, la Corte dei conti, nelle sue diverse e articolate funzioni (non esclusa, quindi, quella consultiva), risulta indotta dalla evoluzione che è da cogliere nella normativa di settore (spese del personale).

Infatti, da una iniziale competenza a rilevare gli effetti della gestione dei rapporti di lavoro, che consentono l'utilizzo delle diverse risorse umane necessarie al funzionamento degli apparati amministrativi/tecnici delle Amministrazioni pubbliche, si è passati – nell'intento di pervenire alla definizione di un quadro completo del rispetto del principio della "sana gestione finanziaria" (identificata dalla Corte stessa con il ricorso al parametro della maggiore/minore rigidità dei bilanci pubblici risultando giustamente la voce delle spese correnti imputabili a quelle del personale la più sottoposta a verifica) – ad un monitoraggio sul sistema amministrativo-gestionale (c.d. "amministrazione indiretta"), nelle sue più diverse manifestazioni organizzative alle prime riconducibili.

A questo passo il Legislatore nazionale è stato indotto dalla progressiva, e sempre più consolidata, convinzione che le restrizioni e i vincoli imposti all'"amministrazione diretta" delle Regioni e degli Enti locali risultavano insufficienti ad assicurare una risposta adeguata all'esigenza di ricondurre la

² Nel settore sanità, si veda la deliberazione n. 39/2011/SSR di questa Sezione relativa al controllo sulla gestione sanitaria per gli esercizi 2008-2009 con proiezioni al 2010 e in particolare, le pagg. 185-384-cap. II; più in generale, si veda la deliberazione n. 144/2011/FRG di questa Sezione sul Rendiconto generale della Regione Lazio Esercizio finanziario 2009 con proiezione al 2010 es. 2009, pagg. 403-434.

“finanza pubblica allargata” all’interno di un recinto di analisi ispirato alla volontà di razionalizzare e riorganizzare anche l’“amministrazione indiretta”, elaborata dalle Regioni e dagli Enti locali nel corso del tempo.

Infatti, la Sezione ritiene che, a supporto della tesi dell’ammissibilità oggettiva delle questioni interpretative così come poste dalla Regione richiedente, debba operarsi il richiamo alle norme introdotte dal Legislatore nell’ordinamento giuscontabilistico nazionale a partire dal 2008.

Tale normativa, richiamata in precedenti deliberazioni della Sezione stessa, ha costituito oggetto di verifica, in termini di concreta attuazione, nel contesto di una valutazione di carattere più generale, quella secondo cui il consolidamento dei bilanci delle istituzioni “satellite” (comprese quelle del settore sanità) al bilancio regionale possa realizzarsi seguendo un percorso di corretta identificazione delle spese del personale e del relativo contenimento nel tempo, stante l’incidenza che queste voci di spesa hanno sugli equilibri di bilancio della Regione; interpretazione questa che consente allo Stato, attraverso la Corte dei conti, di intervenire nella materia del coordinamento della finanza pubblica anche alla luce del ruolo che è ad esso assegnato dalla Costituzione a tutela dell’unità economica della Repubblica (Corte Costituzionale, sentenza n. 365 del 2007).

Se, poi, la legislazione nazionale più recente in materia di “armonizzazione dei bilanci pubblici” (art. 3, commi 3-5, D.p.c.m. del 28 dicembre 2011), in vista dell’anno 2014, richiede l’applicazione in concreto del principio secondo cui “la sostanza deve prevalere sull’apparenza”, la “soportabilità”, da parte del bilancio regionale, della spesa del personale di

istituzioni-satellite deve essere costantemente monitorata, al fine di evitare rappresentazioni finanziario-contabili incapaci di cogliere il fenomeno nella sua integralità.

In tale direzione, infatti, vanno lette, ad avviso del Collegio, anche le disposizioni di più recente elaborazione contenute nel d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni), in quanto è da perseguire il traguardo della massima trasparenza possibile nel campo del personale, nelle diverse fasi della sua selezione e del suo utilizzo nel contesto organizzatorio.

Alla luce di tale recente disciplina, che va direttamente inquadrata nell'ambito del sistema normativo che presidia il potere della Corte dei conti di verificare la correttezza dei comportamenti istituzionali che possono compromettere l'attuazione del principio del coordinamento della finanza pubblica, soprattutto quando si presentano sotto le spoglie di una volontà di eludere le regole poste, la Sezione non può non riconoscere l'interesse dell'Amministrazione regionale ad acquisire un parere che, nella sostanza, la dovrebbe orientare a fare scelte coerenti con le indicazioni rivenienti da interpretazioni di norme che, essendosi succedute nel tempo, la stessa riconosce di difficile leggibilità e coordinamento.

Alla luce delle suesposte considerazioni, la richiesta di parere in esame risulta essere ammissibile anche sotto il profilo oggettivo.

MERITO

Occorre premettere che, come risulta dall'articolo 1 dello Statuto della

società CO.TRA.L. S.p.A., essa è una " società per azioni di diritto privato che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio a partecipazione integralmente pubblica costituita per la gestione di un servizio pubblico di interesse generale a rilevanza economica, ed è pertanto soggetta alle relative disposizioni. CO.TRA.L. S.p.A. è assoggettata al controllo analogo³ al fine di poter essere destinataria di affidamenti «in house»".

La travagliata storia della disciplina relativa alla materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica⁴ necessita, per un esatto inquadramento della problematica *de qua*, di una preliminare, pur se breve, analisi di natura ricognitiva.

La disciplina generale dei servizi pubblici locali avente rilevanza economica, a partire da quella contenuta nell'articolo 113 T.U.E.L., risulta improntata, soprattutto nell'ultimo quinquennio, ad un sempre più deciso percorso caratterizzato dalla ricerca di una liberalizzazione quanto più ampia possibile e dall'apertura sul mercato di riferimento.

La disciplina, prima contenuta nell'articolo 23 bis del d.l. 112/2008 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008), modificato dall'articolo 15 del d. l. 135 del 2009 (convertito, con modificazioni, dalla l. 166/2009), è stata abrogata, unitamente al d.P.R. n. 168 del 2011 (che costituiva il regolamento di attuazione del citato articolo 23 bis) con il d.P.R. n. 113/2011, a seguito del referendum popolare del giugno 2011.

³ Le modalità di esercizio del controllo analogo sono fissate dall'articolo 30 dello Statuto sociale.

⁴ Secondo la Corte costituzionale (sentenza 325 del 2010) tra i servizi di interesse economico-generale e servizi pubblici di rilevanza economica vi sarebbe una sostanziale coincidenza ed omogeneità sia in merito all'attività (entrambe di natura economica) sia nei fini (entrambi sociali).

Successivamente il legislatore nazionale è intervenuto con l'art. 4 del d. l. 138/2011 (convertito, con modificazioni, dalla legge 148/2011), poi modificato dalla Legge di Stabilità per il 2012 - art. 9 della legge 183/2011-, dall'art. 25 del d. l. 1/2012 (convertito in legge 27/2012, noto come "Decreto Liberalizzazioni") e dall'articolo 53 della legge 134 del 2012.

Tale norma è stata, poi, dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale con sentenza n. 199 del 2012, sotto il profilo della lesione del vincolo referendario ex art. 75 Cost., essendo stata rinvenuta identità, quanto a principi ispiratori ed a contenuti normativi essenziali, della nuova disciplina rispetto a quella abrogata con il referendum.

La richiesta di parere di cui trattasi risulta articolata in diversi quesiti, ciascuno meritevole di specifica ed analitica trattazione. Pertanto, ai fini di una più chiara e comprensibile esplicazione dell'avviso di questo Collegio si è articolato il parere in specifici capoversi.

- a) Applicabilità dell'articolo 4, commi 1, 9 e 10 del d. l. 95/2012, convertito, con modificazioni, dalla legge 135/2012 alla società CO.TRA.L. SPA.

L'art. 4 del d. l. 95 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla l. 135 del 2012, al comma 1⁵ prevede lo scioglimento delle società entro il 31

⁵ Articolo 4, comma 1, d. l. 95/2013: *Nei confronti delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento, si procede, alternativamente:*
a) *allo scioglimento della società entro il 31 dicembre 2013. Gli atti e le operazioni posti in essere in favore delle pubbliche amministrazioni di cui al presente comma in seguito allo scioglimento della società sono esenti da imposizione fiscale, fatta salva l'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, e assoggettati in misura fissa alle imposte di registro, ipotecarie e catastali;*
b) *all'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del presente decreto entro il ~~30 giugno 2013~~ 31 dicembre 2013 ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, non rinnovabili, ~~a decorrere dal 1° gennaio 2014~~ a decorrere dal 1° luglio 2014. Il bando di gara considera, tra gli elementi rilevanti di valutazione dell'offerta, l'adozione di strumenti di tutela dei livelli di occupazione. L'alienazione*

dicembre 2013, ovvero l'alienazione delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore dello stesso d. l. entro il 31 dicembre 2013⁶, di società direttamente o indirettamente controllate da pubbliche amministrazioni che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% del totale.

La predetta disciplina, relativa alle c.d. "società strumentali" (cioè le società che producono beni e servizi a favore della P. A. e che sono regolamentati generalmente attraverso un contratto di appalto o di fornitura), per espresso disposto del comma 3⁷, non si applica alle società che erogano servizi di interesse generale, tra le quali rientrano le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica.

In tal senso, va dunque richiamata la distinzione sopraesposta tra società strumentali e società preposte all'erogazione di pubblici servizi locali a rilevanza economica.

Con particolare riferimento al requisito della "strumentalità", va richiamata, in primo luogo, la sentenza n. 326 del 2008 della Corte Costituzionale, che, pur intervenuta sull'interpretazione da fornire all'articolo 13 del d. l. 223 del 2006⁸ (cd. decreto Bersani), ne fornisce una chiara definizione:

deve riguardare l'intera partecipazione della pubblica amministrazione controllante. (lettera così modificata dall'art. 49, comma 1, lettera a), decreto-legge n. 69 del 2013).

⁶ Il termine del 30 giugno 2013 è stato prorogato al 31 dicembre 2013 dall'art. 49, comma 1, lettera a), decreto-legge n. 69 del 2013, in corso di conversione nel momento in cui si scrive.

⁷ Articolo 4, comma 3, d. l. 95/2013 *"..Le disposizioni di cui al comma 1 del presente articolo non si applicano alle società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica,.."*.

⁸ Alle società strumentali si applica l'articolo 13 del d. l. 223/2006. Esso ha previsto che, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali o locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, debbono operare esclusivamente con gli enti costituenti e affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti.

"...tali disposizioni sono fondate sulla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici. L'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza. Le disposizioni impugnate mirano a separare le due sfere di attività per evitare che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione. Non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando a una frequente commistione, che il legislatore statale ha reputato distorsiva della concorrenza...".

Anche la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che sussiste il modello della società strumentale *"allorquando l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti*

Tali società devono avere oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole anzidette, a pena di nullità dei contratti eventualmente conclusi.

Pertanto, il legislatore, in sede di conversione del decreto in esame, ha esonerato dal suo rispetto la materia dei servizi pubblici locali: alle società appositamente costituite per la gestione di tali servizi era, pertanto, consentito svolgere la propria attività anche *extra moenia*, senza che ciò pregiudicasse la legittimità dell'affidamento.

Secondo il Consiglio di Stato tale norma mira ad *"ad escludere che le società strumentali possano svolgere, in relazione alla loro posizione privilegiata, altre attività a favore di altri soggetti pubblici o privati perché se così fosse si creerebbe un'alterazione o una distorsione della concorrenza o del mercato"*. Pertanto, *"le limitazioni in parola riguardano le società costituite per svolgere attività finalizzate alla produzione di beni o servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali questo provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali e sono rivolte, quindi, essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico. Le società operanti nel campo dei servizi pubblici locali mirano, invece, a soddisfare direttamente esigenze generali della collettività, e sono escluse (il dato è testuale) dall'applicazione della normativa in commento"* (Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215).

della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo" (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346) e per il perseguimento dei loro fini istituzionali⁹.

Con riferimento sia all'oggetto sociale indicato nello Statuto sociale sia al settore economico in cui la società opera, sia all'attività sociale prevalente in concreto svolta (trasporto pubblico regionale), è da escludere che CO.TRA.L. spa rientri nel novero delle società strumentali; essa è da includere, invece, tra le società di cui al comma 3 dell'articolo 4 d. l. 35/2012, in quanto società a partecipazione integralmente pubblica, costituita per la gestione di un servizio pubblico di interesse generale a rilevanza economica.

Si deve precisare, inoltre, che la stessa Regione Lazio, con D.G.R. n. 552 del 5 dicembre 2012¹⁰, "Analisi ricognitiva con riferimento alle società controllate, direttamente o indirettamente, dalla Regione Lazio in ordine all'art. 4 del d. l. 6 luglio 2012 n. 95 (convertito, con modificazioni, in L. 7 agosto 2012 n. 135) in materia di "Riduzioni di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche" ha qualificato la società in questione come *"società che svolge un servizio di interesse generale e come tale rientrante*

⁹ Maggiore dibattito interpretativo si registra in relazione al disposto del comma 8 dell'articolo 4, che, senza espungere dal proprio ambito applicativo le società di cui al comma 3, prevede, a decorrere dal 2014, che *"l'affidamento diretto può avvenire 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"* facendo salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2013. Sul punto si veda il parere della Sezione di controllo della Basilicata 20/2012, secondo cui la norma non si applicherebbe ai servizi pubblici locali, ma solo alle società preposte all'acquisizione di beni e servizi strumentali all'attività amministrativa, dovendosi interpretare il testo normativo in senso costituzionalmente orientato in virtù dei principi sanciti dalla sentenza della Consulta n. 199/2012.

¹⁰ Tale DGR è stata preceduta da un Accordo Sindacale sottoscritto in data 22.11.2012 dall'Assessore risorse strategiche e dalle sigle CGIL, CISL e UGL, con il quale si approva e condivide il percorso logico-argomentativo posto in essere dall'Amministrazione regionale.

nella deroga prevista dal comma 3 dell'articolo 4 del d. l. 95/2012¹¹.

Avendo escluso l'applicabilità alla società CO.TRA.L. spa dell'articolo 4, comma 1, del d. l. 95/2012, deve conseguentemente escludersi l'applicazione anche del comma 9¹² e del comma 10¹³.

Tale assunto discende, oltre che dalla lettera della norma¹⁴, anche dall'espresso disposto del D.p.c.m. 6 aprile 2013¹⁵, laddove si ribadisce che *"...le disposizioni di cui ai commi 4, 9, 10 e 11 dell'art. 4 del predetto decreto-legge trovano applicazione esclusivamente nei riguardi delle società previste dal comma 1 del medesimo art. 4, fatta eccezione per le società escluse dall'ambito applicativo del medesimo comma 1, ai sensi del successivo comma 3 dello stesso articolo..."*.

b) Applicabilità della normativa di riferimento in materia di reclutamento del personale delle società pubbliche: articolo 18 d. l. 112/2008,

¹¹ Deve rilevarsi che nella richiesta di parere la società CO.TRA.L. viene definita società *in house* posseduta al 100% dalla regione Lazio, mentre nella richiamata DGR n. 552/2012 si dichiara che la regione Lazio possiede il 99,9 % delle azioni, mentre lo 0,1% è posseduta dalla provincia di Viterbo e dalla provincia di Rieti.

¹² Articolo 4, comma 9, d. l. 95 del 2012: "A decorrere dall'entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2015, alle società di cui al comma 1 si applicano le disposizioni limitative delle assunzioni previste per l'amministrazione controllante. Resta fermo, sino alla data di entrata in vigore del presente decreto, quanto previsto dall'articolo 9, comma 29, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. Salva comunque l'applicazione della disposizione più restrittiva prevista dal primo periodo del presente comma, continua ad applicarsi l'articolo 18, comma 2, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133."

¹³ Articolo 4, comma 10, d. l. 95 del 2012 : "A decorrere dall'anno 2013 le società di cui al comma 1 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. Le medesime società applicano le disposizioni di cui all'articolo 7, commi 6 e 6-bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in materia di presupposti, limiti e obblighi di trasparenza nel conferimento degli incarichi." (comma così modificato dall'art. 1, comma 148, legge n. 228 del 2012)

¹⁴ Il criterio letterale rappresenta il primo canone interpretativo indicato dal comma 1 dell'articolo 12 delle Disposizioni preliminari al Codice Civile ed, in materia penale, dall'articolo 1 del Codice Penale: *"in claris non fit interpretatio"*.

¹⁵ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 aprile 2013 "Individuazione delle società che gestiscono banche dati strategiche per il conseguimento di obiettivi economico-finanziari".

convertito con modificazione dalla l. 133/2008 ed articolo 3 bis, comma 6, del d. l. 138/2011, convertito con modificazioni dalla l. 148/2011, alla società CO.TRA.L. spa.

Già con la sentenza 23 gennaio 2006 n. 29 la Corte Costituzionale ha chiarito che è legittimo dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in quanto a capitale interamente pubblico, agli enti pubblici¹⁶, così legittimando l'applicazione alle società a capitale interamente pubblico, affidatarie di servizio pubblico, del rispetto delle procedure di evidenza pubblica, imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente.

Tuttavia, la norma che si può considerare spartiacque tra la fase della gestione in forma "privatistica pura" di funzioni e servizi da parte delle società partecipate da Regioni ed Enti locali e il nuovo corso, caratterizzato da una sempre maggiore e stringente pubblicizzazione delle società, è l'articolo 18 del d. l. 112/2008 (convertito, con modificazioni, dalla l. 133/2008), titolato

¹⁶ *"..D'altronde, questa Corte, sulla base della distinzione tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale, e dunque con riferimento al suindicato principio, ha riconosciuto la legittimità della sottoposizione al controllo della Corte dei conti degli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico (sentenza n. 466 del 1993).."*

"Reclutamento del personale delle società pubbliche"¹⁷.

Quest'ultimo, al 1° comma, dispone espressamente che *"le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti¹⁸, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi, nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165"*.

Pertanto, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, quale appunto risulta essere CO.TRA.L. spa, sono tenute a dare adeguata pubblicità alla selezione del personale; a prevedere

¹⁷ *Art. 18 l. 133/2008:*" 1. A decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

2. Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

2-bis. Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311. Le predette società adeguano inoltre le proprie politiche di personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le regioni, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, da emanare entro il 30 settembre 2009, sono definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

(comma aggiunto dall'articolo 19, comma 1, legge n. 102 del 2009)

3. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati."

¹⁸ In primo luogo si rileva che, sul piano precettivo, la norma impone alle società di adottare, con propri provvedimenti, cioè con l'intermediazione di un atto interno a carattere generale, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi.

modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati diretti anche a realizzare forme di preselezione; ad adottare meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; a rispettare le pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; a prevedere una composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali.

Ad adempiere a queste prescrizioni sono tenute, in un contesto interpretativo sostanziale della norma, sia le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica, che quelle che gestiscono servizi pubblici locali privi di tale rilevanza.

Il secondo comma dell'articolo 18 dispone, poi, a carico delle altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo (cioè di quelle che non gestiscono servizi pubblici locali) l'adozione, con propri provvedimenti, di criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

La norma è stata, poi, integrata dall'articolo 19, comma 1, del d. l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102, che, aggiungendo

il comma 2 bis all'articolo 18 d. l. 112/2008, ha disposto l'estensione alle società partecipate dei "divieti o limitazioni alle assunzioni" applicabili all'amministrazione controllante, oltre che delle disposizioni vigenti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze.

Sul significato di "amministrazione controllante" ha avuto modo di pronunciarsi la Sezione delle Autonomie con la deliberazione n. 14/AUT/2011/QMIG del 29 dicembre 2011; in tale occasione ha chiarito che il concetto di "partecipazione totalitaria o controllo" debba essere riferito alle società partecipate al 100% da un ente pubblico o da più enti pubblici congiuntamente, nonché alle società che presentino le caratteristiche di cui all'art. 2359, comma 1, nn. 1 e 2, c.c..

Secondo questa Corte, ai fini dell'applicazione della norma in esame, vanno ritenute "controllate" le società nelle quali l'ente locale possiede azioni che gli assicurano la maggioranza dei voti nelle assemblee ordinarie, oppure voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante, con esclusione di quelle sulle quali tale influenza è esercitata attraverso altra società, in base a particolari vincoli contrattuali (pur considerate controllate in base all'art. 2359, comma 1, n. 3, c.c.). Ne consegue che si dovrà tener conto anche delle società partecipate che hanno natura di *holding*, in quanto destinatarie di affidamento diretto, mentre non rilevano gli altri affidamenti (di natura indiretta) posti in essere dalla *holding* rispetto alle società del gruppo.

Rientrano nell'ambito applicativo della norma "... tutte le società controllate da enti locali che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici

locali a rilevanza economica, oppure che svolgano servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (a prescindere dall'affidamento diretto), oppure che svolgano attività strumentali (anch'esse a prescindere dall'affidamento diretto). Sono, al contrario, escluse le società – seppur controllate da enti locali – quotate, nonché quelle titolari di affidamenti di servizi pubblici locali a rilevanza economica mediante procedura ad evidenza pubblica. (Corte dei conti, sez. regionale di controllo per la Lombardia, 20 settembre 2011, n. 479).

Ulteriore problema interpretativo posto dal comma 2 bis è relativo al riferimento fatto dalla norma alle *società a capitale locale inserite nell'elenco del conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuato dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004 n. 311*".

Il dubbio sorge dalla circostanza che le società partecipate dagli enti territoriali non sono analiticamente ricomprese in tale elenco, che, secondo la prevalente giurisprudenza della Corte dei conti¹⁹, ha natura ricognitiva e non costitutiva dei requisiti che determinano l'inclusione dei soggetti pubblici nel comparto della Pubblica Amministrazione.

Tale interpretazione, che questo Collegio condivide, discende direttamente dal dettato normativo dell'articolo 1, comma 3²⁰, della legge 196/2009; pertanto, deve farsi riferimento non alle singole amministrazioni

¹⁹ Cfr. tra gli altri Corte dei Conti, Sezione controllo Puglia, 17.5.2012 n. 64; Sezione regionale di controllo per il Piemonte, n. 56/2011; Sezione regionale di controllo per la Toscana, n. 12/2011; Sezione regionale di controllo per la Lombardia, 20 settembre 2011, n. 479.

²⁰ Articolo 1, comma 3, l. 196/2009: "La ricognizione delle amministrazioni pubbliche di cui al comma 2 è operata annualmente dall'ISTAT con proprio provvedimento e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale entro il 31 luglio".

pubbliche inserite in detto elenco, ma al concetto di "unità istituzionali" secondo la definizione della norma comunitaria²¹.

L'articolo 18, comma 2 bis, dispone, poi, che le società partecipate, così come individuate, sono tenute all'applicazione delle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti *"in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze"*.

Ciò premesso, deve precisarsi che le disposizioni dell'articolo 18 l. 133/2008, come integrato dalla l. 102/2009, sono state ritenute dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 68/2011) *"norme interposte"*²² rispetto all'articolo 97 della Costituzione, vincolanti per l'esercizio della potestà legislativa delle regioni, che, come è noto, in materia di *"armonizzazione di bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica"* hanno competenza normativa concorrente ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione²³.

²¹ Alla luce del disposto testuale del successivo articolo 3,bis, comma 6, d. l. 138/2011, che non fa più richiamo all'elenco ISTAT, fa perde significatività la questione relativa alla natura costitutiva o ricognitiva del medesimo.

²² Secondo la Consulta, la legge della regione Puglia che prevedeva l'assunzione a tempo indeterminato di personale, senza alcuna procedura selettiva, in società a partecipazione pubblica totale o di controllo ha violato l'articolo 97 della Costituzione e gli articoli 18 del d. l. 112/2008 19 del d. l. 78/2009 *"...sotto il profilo della «imparzialità dell'azione amministrativa e uniformità della stessa sul territorio nazionale», nonché sotto il profilo del buon andamento. Tale violazione si determina sia per l'assenza di criteri di trasparenza, pubblicità e imparzialità per il reclutamento di personale delle società a partecipazione pubblica totale o di controllo, sia perché il maggior onere derivante dall'obbligo posto all'affidatario di assumere «a tempo indeterminato» il personale già utilizzato si riflette – anche nel caso di imprese o società affidatarie dell'appalto interamente private – sui principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione affidante in termini di non conformità alle disposizioni sulla «clausola sociale», di minore apertura dei servizi alla concorrenza e di maggiori costi, considerato che l'obbligo eccede i limiti temporali dell'affidamento del servizio..."*. Nelle more del deposito del presente parere, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 167, depositata il 1 luglio 2013, ha confermato tale orientamento consolidato, dichiarando l'illegittimità costituzionale di una legge della regione Lombardia, che, in violazione dei principi di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e del pubblico concorso (art. 97 Cost.), aveva disposto l'assunzione a tempo indeterminato presso la Regione di personale in servizio in due società *in house*, selezionato senza previo espletamento di alcuna procedura selettiva.

²³ Art. 117, 3° comma, Cost.: *"Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato"*. Dal 2014 tale materia, ex l. costituzionale 1/2012, rientra tra quelle di competenza esclusiva dello Stato.

L'articolo 3 bis, comma 6²⁴, del d. l. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. 148/2011 ripropone il contenuto dell'articolo 18 della l. 133/2008, ma, rispetto a quest'ultima norma, identifica l'ambito di applicazione soggettivo con quello delle "società affidatarie in house".

Con questa dizione si individua la società con riferimento alla modalità di affidamento dei servizi; si tratta di una forma di gestione diretta dei servizi pubblici locali, che esenta l'ente dallo svolgimento di gare ad evidenza pubblica al fine di individuare il contraente.

L'affidamento *in house*, che rappresenta l'alternativa al ricorso al mercato per il reperimento del servizio pubblico con procedure ad evidenza pubblica, presuppone il possesso dell'intero capitale sociale.

Inoltre il modello dell' *in house providing* implica che la società affidataria sia, in sostanza, nient'altro che una sorta di diramazione organizzativa dell'ente locale, privo di una sua autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quelle dell'ente stesso, tanto da potersi parlare, in tal caso di un mera "autoproduzione" del servizio pubblico (c.d. requisito del controllo analogo)²⁵.

²⁴ Articolo 3 bis, comma 6, l.148/2011, introdotto dall'articolo 25 del d. l. n.1/2012, convertito con modificazioni dalla l. 27/2012: "Le società affidatarie in house sono tenute all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni. Le medesime società adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori".

²⁵Il requisito del "controllo analogo", richiesto dai giudici comunitari e ripreso dallo stesso legislatore italiano (prima con l'articolo 23 bis del d. l. 118/2008, poi con l'articolo 4 del d. l. 138/2011, entrambi non vigenti alla data odierna), implica, quindi, un "controllo strutturale" esercitato in concreto sul soggetto affidatario, quale condizione necessaria e imprescindibile per la configurazione del *in house providing*.

L'attività consultiva, esercitata dalla Sezione di controllo della Corte dei conti, ai sensi dell'articolo 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003 n. 131, non richiede svolgimento di attività istruttoria, ma la resa del parere allo stato degli atti. Pertanto, in questa sede, viene dato per presupposto dal Collegio il dato notiziale dichiarato dall'Amministrazione, e cioè che il controllo analogo esercitato dalla regione Lazio sulla CO.TRA.L. S.p. A. riveste, in concreto, gli elementi indicati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia.

Infine, l'affidatario *in house* deve svolgere la parte prevalente della propria attività per conto o nei confronti dell'ente affidante.

In altri termini, il legame tra l'Ente pubblico e l'organismo partecipato deve modellarsi sullo schema del rapporto inter-organico con i settori dell'Amministrazione pubblica, dovendosi esso concretare nell'assenza di qualsivoglia margine di discrezionalità decisionale in capo alla società affidataria²⁶ e non risultando sufficiente un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c..

Tali principi sono desunti dalla giurisprudenza comunitaria²⁷ e nazionale²⁸.

In conclusione, vista la natura della società CO.TRA.L., società a partecipazione interamente pubblica, costituita per la gestione di un servizio

²⁶ Sul punto si richiama la recentissima ordinanza della Cassazione a SS.UU. n. 10299/2013, dove si legge che le società *in house* costituiscono una *longa manus* dell'amministrazione *"..in quanto si ravvisi la contemporanea presenza di tre condizioni: a) l'essere la società a totale partecipazione pubblica; b) la sua destinazione statutaria ad operare in via esclusiva o prevalente in favore dell'Amministrazione pubblica partecipante, c) l'esistenza di quello che si è oramai soliti definire come "controllo analogo", ossia una forma di direzione e controllo sulla gestione societaria, da parte della pubblica amministrazione partecipante, analoga a quella che la medesima amministrazione eserciterebbe su una propria articolazione interna..."*

²⁷ Si vedano per tutte CGE 18-11-1999, n. C 107 - 98 caso Teckal S.r.l. e 11-1-2005, n. C-26-03 sent. Stadt Halle et RPL Lochau. Per gli Enti locali si veda sul punto l'articolo 147 quater, come introdotto dal d.l. 174 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. 213 del 2012.

²⁸ Si vedano, da ultimo, la sentenza della Corte Costituzionale n. 46 del 2013 e l'orientamento consolidato della Corte di Cassazione (Cass. SS.UU. sentenze nn. 26806/2009, 519/2010, 4609/2010, 10063/2011, 14655/2011, 14957/2011, 20941/2011 e 3692/2012; ordinanza 8352/2013). Il Consiglio di Stato (Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168; Cons. St., sez. V, 11 maggio 2007 n. 2334) ha affermato che per controllo analogo si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario. È stato, ad esempio, escluso il controllo analogo in un'ipotesi in cui *"lo statuto è quello di una normale società per azioni, nella quale i poteri appartengono agli organi sociali, e non è previsto nessun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costituzione degli anzidetti organi: il presidente del consiglio d'amministrazione e il direttore sono eletti dal consiglio d'amministrazione, il quale a sua volta è nominato dall'assemblea senza vincoli di provenienza o di proposta, e la stessa assemblea è composta "dai soci" senza ulteriori specificazioni; del collegio sindacale è previsto solo che si compone di tre sindaci elettivi e due supplenti, che durano in carica tre anni e sono rieleggibili. Gli enti pubblici soci, a parte la possibilità di alienare le azioni, non sono neppure menzionati, e anzi lo statuto stabilisce che «il consiglio di amministrazione è investito dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della società ed ha facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione ed il raggiungimento degli scopi sociali, fatta eccezione soltanto per gli atti che a norma di legge e del presente statuto sono di competenza dell'assemblea»"* (Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2007 n. 5).

pubblico di interesse generale a rilevanza economica, ad essa si applicano sia l'articolo 18 l. 133/2008, che l'articolo 3 bis, comma 6, del d. l. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. 148/2011.

c) Applicabilità degli articoli 35 e 36 del decreto legislativo 165/2001 alla società CO.TRA.L. spa; applicabilità dell'articolo 1, commi 400 e 401, della l. 228/2012

Come si è già evidenziato, l'articolo 18, comma 1, l. 133/2008 e l'articolo 3 bis, comma 6, l. 148/2011, richiamano espressamente solo il 3° comma dell'articolo 35 del D. lgs. 165/2001, che indica i principi cui devono uniformarsi le procedure di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni.

Tuttavia, sia il comma 2 bis del già richiamato articolo 18, come introdotto dalla l. 102 del 2009 (per le società a partecipazione pubblica locale totale che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara come CO.TRA.L. spa), sia il comma 6 dell'articolo 3 bis l. 148/2011 (per le società affidatarie *in house* come CO.TRA.L. spa) dispongono l'applicazione a tali società dei "divieti o limitazioni alle assunzioni di personale"²⁹.

Il problema sottoposto all'attenzione del Collegio risulta, quindi, quello di verificare se la disciplina prevista dagli articoli 35 e 36 del d. lgs. 165/2001 possa rientrare in tale prescrizione.

Occorre a tal proposito premettere che l'articolo 1, comma 1, del decreto

²⁹ Deve ritenersi un difetto di coordinamento l'ambito soggettivo di riferimento dell'articolo 3 bis, comma 6, l. 148/2011, che richiama la nozione di "ente locale", che, a stretto rigore, non ricomprende l'Ente regione. La Costituzione non definisce la Regione "ente locale", anzi, l'articolo 123, comma 7, della Costituzione, contrappone la Regione agli Enti locali. Sicuramente, le Regioni sono enti territoriali, come del resto gli altri indicati dall'art. 114 Cost. Tuttavia, la contrapposizione tra enti locali e nazionali lascia pochi dubbi sul fatto che la dizione "locale" sia applicabile anche Regioni, sia pure in senso giuridicamente improprio.

legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ha stabilito che l'organizzazione ed i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche devono essere finalizzati ad accrescere l'efficienza delle amministrazioni, razionalizzare il costo del lavoro pubblico, realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane, in particolare curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, al fine di dare concreta attuazione ai principi di cui all'articolo 97 della Costituzione (cfr. Circolare della Presidenza del Consiglio – Dipartimento della Funzione Pubblica del 2 maggio 2006).

Per l'applicabilità dei principi di cui all'articolo 35 d.lgs.165/2001 alla fattispecie in esame si veda quanto già osservato al punto b).

Discorso più articolato richiede la valutazione dell'applicabilità dell'articolo 36 d. lgs. 165/2001, che prevede che le PP. AA. possano avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal Codice Civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa³⁰.

Sulla base di questa specifica clausola di rinvio, anche alle amministrazioni pubbliche si applica, in linea di massima, la normativa di cui al

³⁰ Articolo 36, comma 2, d. lgs. 165 del 2001:“... Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. Ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro ed il lavoro accessorio di cui alla lettera d), del comma 1, dell'articolo 70 del decreto legislativo n. 276 del 2003, e successive modificazioni ed integrazioni, in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dall'articolo 3 del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 per quanto riguarda la somministrazione di lavoro, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile. Non è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali. (comma così modificato dall'art. 17, comma 26, legge n. 102 del 2009)“.

d. lgs. 6 settembre 2001, n. 368, recentemente modificato dalla L. 28 giugno 2012, n. 92 (cd. legge Fornero), che costituisce la fonte di disciplina generale del contratto a termine, in recepimento della direttiva comunitaria 1999/70/CE del 28 giugno 1999, relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Come rilevato nella richiamata circolare della Funzione pubblica del 2 maggio 2006 *"..il legislatore conferma la propria intenzione a prevedere l'utilizzo dei rapporti di lavoro flessibili nell'ottica del risparmio della spesa, al fine di non incrementare il numero dei dipendenti in servizio a tempo indeterminato in attuazione degli obiettivi di snellimento delle strutture, e di operare nel rispetto della finalità di cui all'art. 1, comma 1, lett. c), del d.lgs. 165/2001 diretta a realizzare innanzi tutto la migliore utilizzazione delle risorse umane già presenti nelle pubbliche amministrazioni."*

In realtà, sussiste già una sostanziale coincidenza tra la regolamentazione del contratto a termine nella P.A. (art. 36 d. lgs. 165/2001) e nel settore privato (D. lgs. n. 368/2001)³¹, con alcuni, però, significativi elementi di differenziazione, che rendono la disciplina pubblicistica più stringente e conforme ai principi dettati dalla Carta costituzionale: i limiti previsti dall'articolo 36 per la costituzione del rapporto di lavoro flessibile nella P.A., il divieto di assunzione diretta e nominativa dei lavoratori ed il divieto di "conversione del contratto a termine illegittimo" in contratto a tempo indeterminato.

³¹Si pensi, infatti, alle disposizioni relative alla forma scritta del contratto, ai divieti di utilizzo del contratto a termine nelle ipotesi previste dalla legge, alla proroga del termine di durata iniziale del contratto, agli intervalli per la stipula di una successione di contratti a termine, al principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato.

In primo luogo, l'art. 36, co. 2, d. lgs. n. 165/2001, consente l'utilizzo del contratto a termine solo per esigenze "temporanee" ed "eccezionali" (presupposti che coesistono con il divieto di reiterare *sine termine* il contratto) a differenza della disciplina privatistica, dove l'apposizione di un termine è connessa a motivazioni generiche³².

Inoltre, anche al lavoro flessibile pubblico si applicano le disposizioni dell'articolo 35 d. lgs. 165/2001, per cui è obbligatorio stipulare il contratto a termine nel rispetto inderogabile delle procedure di reclutamento (concorsuali e/o selettive) tipiche del lavoro pubblico, a differenza dell'assunzione diretta e nominativa dei lavoratori, vigente nell'ambito privatistico.

Infine, nel rapporto di lavoro pubblico non si applica la "conversione del contratto a termine illegittimo" in contratto a tempo indeterminato, che è previsto nel rapporto privatistico dall'articolo 5 del d. lgs. 368/2001; è, infatti, esclusa la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato riconoscendo quale unica conseguenza il diritto del lavoratore al risarcimento del danno³³.

Per i fini esegetici sopra indicati, risulta utile il richiamo alla procedura selettiva per selezionare la professionalità richiesta garantendo l'accesso all'esterno (art. 35, comma 1°, lett. a; art. 36); all'obbligo di applicare la normativa relativa alle assunzioni obbligatorie dei soggetti di cui alla legge 12

³² Articolo 1, comma 1, D. lgs. n. 368/2001: "...ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro".

³³ La Corte Costituzionale, con la sentenza 89 del 2003, ha escluso la illegittimità dell'articolo 36 del d. lgs. 165/2001 in quanto "l'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, 3° comma, Cost. rappresenta lo strumento di selezione del personale in linea di principio più idoneo a garantire l'imparzialità ed efficienza della p.a.". Più recentemente, la citata sentenza 89/2003 della Corte Costituzionale è stata oggetto di una nuova ed interessante interpretazione da parte della Corte di Cassazione, (Cass., Sez. Lav., sent. 2 aprile 2010, n. 9555), secondo cui i suoi effetti andrebbero letti nel senso che il divieto di conversione va limitato ai casi in cui è in discussione la violazione della regola del pubblico concorso, mentre, quando viene in rilievo una modalità di costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. diversa dal concorso non vige il limite enunciato dalla Consulta. La legittimità, sul piano sanzionatorio, della differenziazione di disciplina tra settore privato e pubblico è stata, poi, ribadita dalla sentenza della Corte Costituzionale 13 aprile 2011, n. 127.

marzo 1999, n. 68 (art. 35, comma 1°, lett. b); alla programmazione triennale del fabbisogno di personale e di limite massimo complessivo del 50% delle risorse finanziarie disponibili in materia di assunzioni o di contenimento della spesa di personale (articolo 35, comma 3° bis, come introdotto dall'articolo 1, comma 401, l. 228/2012); all'utilizzo del contratto a termine solo per esigenze "temporanee" ed "eccezionali" (art. 36, 2° comma); al divieto di "conversione del contratto a termine illegittimo" (art. 36, 5° comma).

Tutto ciò può, a giudizio del Collegio, essere sussunto nel concetto di "*limitazioni alle assunzioni di personale*" in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, di cui all'articolo 18, comma 2 bis, d. l. 112/2008, fatta salva, ovviamente, l'applicabilità di tutti gli ulteriori e/o diversi divieti o limitazioni *in subiecta materia*, di natura sostanziale o finanziaria, dettati/dettandi da altre e/o diverse normative applicabili all'amministrazione controllante.

Deve ritenersi, al contrario, non applicabile l'articolo 1, comma 400, l. 228/2012, in quanto il concetto di "proroga" non può ontologicamente rientrare in quello di "*divieti o limitazioni alle assunzioni di personale*", di cui all'articolo 18, comma 2 bis, l. 133/2008 e all'articolo 3 bis, comma 6, l. 148/2011.

Deve precisarsi, infine, che il processo di "pubblicizzazione" della disciplina giuridica applicabile alle società commerciali partecipate da Regioni ed enti locali, è stato aperto interpretativamente dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 466 del 1993, relativa al controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico e la sentenza n. 29 del 2006 relativa all'assimilazione di una società a capitale

totalmente pubblico ad un ente pubblico proprio con riferimento all'applicazione del regime della selezione pubblica per l'assunzione del personale.

Inoltre, è necessario rilevare come la scarsa leggibilità e la non trasparenza degli andamenti di finanza pubblica, come più volte evidenziato da questa Corte³⁴, siano, in gran parte, riconducibili proprio al fenomeno delle esternalizzazioni di funzioni e servizi pubblici in enti strumentali e/o società partecipate, finanziate con fondi pubblici, ma formalmente da essi distinti e sottratte per troppo lungo tempo ai vincoli assunzionali ed alle limitazioni di spesa di personale dettati per la P.A..

Successivamente il legislatore, proprio con il d. l. 112 del 2008, ha iniziato a normare tale assimilazione tra pubblico e privato, pervenendo ad assoggettare al patto di stabilità³⁵ le società *in house*, ai sensi dell'art. 18, comma 2-bis del Dl. n. 112/08.

Tale orientamento origina dalla necessità di reagire all' "uso disinvolto" che, negli anni, è stato fatto dello strumento civilistico, funzionalizzando lo schermo della personalità giuridica societaria all'alleggerimento dei bilanci pubblici, più che alla ricerca dell'efficienza e dell'economicità della macchina amministrativa pubblica.

L'assimilazione al settore pubblico, operata dal legislatore a partire dal d. l. 112 del 2008, non solo con riferimento all'attività svolta dagli organismi

³⁴ Cfr. per tutti Corte dei conti, Sez. regionale di controllo per la Toscana, 10 ottobre 2011 n. 208; Corte dei conti, Sez. regionale di controllo per la Lombardia, 13 giugno 2011 n. 350.

³⁵ delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

partecipati (cfr. l'applicabilità delle norme in materia di appalti con l'applicazione delle disposizioni di cui al D. Lgs. 163/2006 e ss. mm. e ii.), ma anche sotto l'aspetto più propriamente contabile- finanziario (applicazione del patto di stabilità, dei vincoli e limiti in materia di reclutamento di personale, di limiti di spesa del personale, ecc.), trova fondamento e giustificazione nel generale principio di razionalità e coerenza dell'ordinamento giuridico, che deve assicurare parità di trattamento a situazioni sostanzialmente uguali in virtù dello scopo perseguito e delle risorse utilizzate per lo svolgimento delle attività, a prescindere dalla forma giuridica rivestita dell'organismo gestore³⁶.

d) Applicabilità dell'articolo 4, comma 10, del d.l. 95/2012 o dell'articolo 9, comma 28³⁷, del decreto legge 78/2010 alla società CO.TRA.L. spa

³⁶ Corte dei conti, Sez. regionale di controllo per la Lombardia, 10 ottobre 2007 n. 46.

³⁷ Articolo 9, commi 28 e 29, d. l. 78/2010: 28. " A decorrere dall'anno 2011, le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, incluse le Agenzie fiscali di cui agli articoli 62, 63 e 64 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, e successive modificazioni, gli enti pubblici non economici, le università e gli enti pubblici di cui all'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni e integrazioni, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, fermo quanto previsto dagli articoli 7, comma 6, e 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono avvalersi di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, nel limite del 50 per cento della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009. Per le medesime amministrazioni la spesa per personale relativa a contratti di formazione lavoro, ad altri rapporti formativi, alla somministrazione di lavoro, nonché al lavoro accessorio di cui all'articolo 70, comma 1, lettera d) del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni ed integrazioni, non può essere superiore al 50 per cento di quella sostenuta per le rispettive finalità nell'anno 2009. A decorrere dal 2013 gli enti locali possono superare il predetto limite per le assunzioni strettamente necessarie a garantire l'esercizio delle funzioni di polizia locale, di istruzione pubblica e del settore sociale; resta fermo che comunque la spesa complessiva non può essere superiore alla spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009. Le disposizioni di cui al presente comma costituiscono principi generali ai fini del coordinamento della finanza pubblica ai quali si adeguano le regioni, le province autonome, gli enti locali e gli enti del Servizio sanitario nazionale. Per il comparto scuola e per quello delle istituzioni di alta formazione e specializzazione artistica e musicale trovano applicazione le specifiche disposizioni di settore. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 1, comma 188, della legge 23 dicembre 2005, n. 266. Per gli enti di ricerca resta fermo, altresì, quanto previsto dal comma 187 dell'articolo 1 della medesima legge n. 266 del 2005, e successive modificazioni. Alle minori economie pari a 27 milioni di euro a decorrere dall'anno 2011 derivanti dall'esclusione degli enti di ricerca dall'applicazione delle disposizioni del presente comma, si provvede mediante utilizzo di quota parte delle maggiori entrate derivanti dall'articolo 38, commi 13-bis e seguenti. Il presente comma non si applica alla struttura di missione di cui all'art. 163, comma 3, lettera a), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Il mancato rispetto dei limiti di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale. Per le amministrazioni che nell'anno 2009 non hanno sostenuto spese per le finalità previste ai sensi del presente comma, il limite di cui al primo periodo è computato con riferimento alla media sostenuta per le stesse finalità nel triennio 2007-2009. (comma così modificato dall'articolo 4, comma 102 della legge n. 183 del 2011, poi dall'articolo 4-ter, comma 12, legge n. 44 del 2012)

29. Le Società non quotate, inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31

Come si è ampiamente argomentato al precedente punto a) non trova applicazione alla società CO.TRA.L. l'articolo 4, comma 1, del d.l. 95/2012, in quanto società a partecipazione integralmente pubblica, costituita per la gestione di un servizio pubblico di interesse generale a rilevanza economica.

Conseguentemente ad essa non si applica il comma 10 del medesimo articolo 4, che fa espresso rinvio alle "società di cui al comma 1", cioè alle società strumentali, come specificato dal richiamato D.p.c.m. 6 aprile 2013³⁸ ed anche, specificamente, dal parere 13354 del 19 marzo 2013 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica³⁹, che ha evidenziato come tra le due norme (articolo 4, comma 10, d. l. 95/2012 ed articolo 9, comma 28, d. l. 78/2010) non sussista rinvio dinamico, operando, al contrario, ciascuna in ambiti soggettivi ed oggettivi non coincidenti.

Per espressa disposizione normativa (comma 29), deve ritenersi applicabile alle società non quotate⁴⁰, controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche, tra cui rientra CO.TRA.L. spa, il comma 28 dell'articolo 9 d. l. 78/2010⁴¹, che fissa per il personale a tempo determinato o

dicembre 2009, n. 196, controllate direttamente o indirettamente dalle amministrazioni pubbliche, adeguano le loro politiche assunzionali alle disposizioni previste nel presente articolo.

³⁸ Cfr. pag. 15 del presente parere.

³⁹ Laddove si legge *"..la città di.. non è tenuta agli adempimenti di cui al comma 1 dell'articolo 4 del d.l. 95/2012 in ragione del regime derogatorio previsto dal comma 3 secondo cui "le disposizioni di cui al comma 1 del presente articolo non si applicano alle società che svolgono servizi di interesse generale, aventi rilevanza economica.."*.

⁴⁰ Per il richiamo operato dalla norma all'elenco ISTAT si veda quanto rilevato al punto b) del presente parere, con riguardo alla natura ricognitiva dello stesso.

⁴¹ La Corte Costituzionale, in due occasioni, si è pronunciata direttamente sulla legittimità costituzionale della norma: con la sentenza n. 173/2012, con cui ha ritenuto che essa ponga un obiettivo generale di contenimento della spesa relativa ad un vasto settore del personale e, precisamente, a quello costituito da quanti collaborano con le Pubbliche Amministrazioni in virtù di contratti diversi dal rapporto di impiego a tempo indeterminato, lasciando alle singole Amministrazioni la scelta circa le misure da adottare con riferimento ad ognuna delle categorie di rapporti di lavoro da esso previste; con la sentenza n. 212 del 2012, in cui ha evidenziato la natura di principio di coordinamento della finanza pubblica, non derogabile dalla legge regionale.

con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, *"..il limite di spesa del 50 per cento della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009.."*.

P.Q.M.

nelle sopra esposte considerazioni è il parere di questa Sezione.

La presente deliberazione sarà trasmessa, a cura del Dirigente del Servizio di supporto, all'Amministrazione che ne ha fatto richiesta.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 26 giugno 2013.

I Relatori

f.to Rosario Scalia

Il Presidente

f.to Ignazio Faso

f.to Maria Teresa D'Urso

Depositato in Segreteria il 10 luglio 2013

Il Direttore del Servizio di Supporto

f.to Chiara Samarelli