

Formazione permanente 2024. Giornata formativa “Responsabilità del pubblico dipendente con riferimento al personale e agli appalti”

Le responsabilità
Marco CATALANO

Catanzaro, 12.4.2024

- Personale e in house

Natura Giuridica delle Partecipate

- Già prima T.U. natura giuridica partecipate dagli enti pubblici ha rappresentato una questione di preliminare risoluzione in ordine a tematiche rilevanti, quali, ad esempio: il radicarsi o meno della giurisdizione della Corte dei Conti, l'effettiva applicabilità della disciplina in tema di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture o del D.Lgs. 165/01 inerente norme disciplinanti il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione.
- In particolare, oggi è comune definire la pubblica amministrazione in ambito "allargato".

Approccio Giurisprudenza

Nelle varie elaborazioni giurisprudenziali e normative si è sempre seguito un approccio "sostanziale" diretto in particolare ad individuare la "dominanza" pubblica sull'organismo.

Tendenza attuale

- Le pubbliche amministrazioni sono sempre più incentivate a far ricorso al diritto privato, **mentre alcuni soggetti privati, di converso, in ragione delle attività di pubblico interesse che svolgono, sono sottoposti alla disciplina pubblicistica delle pubbliche amministrazione.**
- La novellata legge 241/90, con alcune significative norme, conferma la citata tendenza, laddove stabilisce, ad esempio, che **"la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente"**, (art.1), laddove incentiva il ricorso all'istituto dell'accordo di natura privatistica, tra pubblica amministrazione e privato per sostituire un provvedimento amministrativo (art. 11), ed in ultimo, ma non per importanza, laddove sancisce nel nuovo **articolo 22 che s'intendono per "pubblica amministrazione", tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.**

La selezione del personale nelle società strumentali ed in quelle che gestiscono servizi pubblici (ante Testo Unico)

- Sulla base della dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato il **legislatore di recente ha imposto, anche alle società pubbliche, di esperire procedure concorsuali o para-concorsuali per l'assunzione di personale.**
- Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, del 24 maggio 2010, n. 2415.
- In tale parere, partendo dal dato contenuto nella legge L. n. 241/90, che ha introdotto nell'art.1, il co.1- ter ("i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1"), il Consiglio di Stato riconosce che l'attività amministrativa, anche ove svolta dai privati, sia assoggettata ai principi generali della materia, rivestendo per l'assunzione del personale una particolare essenza i principi costituzionali, fissati dagli artt. 97 e 98 della Costituzione.

Corte dei Conti Controllo Liguria 48/2015)

- l'articolo 18, comma 1 del D.L. 112/2008 va interpretato nel senso che le società a totale partecipazione pubblica, gestori di servizi pubblici locali, devono adottare, ai **fini dell'assunzione di nuovo personale, con atti propri, criteri e modalità di reclutamento del personale** nel rispetto dei principi fissati dall'articolo 35, comma 3 del D.Lgs. 165/2001.
- Per la Corte è pacifico che, per qualifiche e profili che nella P.A. richiedano procedure selettive, lo stesso deve avvenire anche per le società *in house*, le quali devono applicare la regola generale, ovvero l'articolo 35, comma 1, lettera a), del d.lgs 165/2001, **seppur mediato da un atto societario di recepimento.**
- Lo stesso parere si sofferma sul percorso di reclutamento mediante avviamento degli iscritti nelle **liste di collocamento. La società in house affidataria, anche in caso di assunzioni che non necessitino di procedura selettiva,** deve prevedere sistemi che garantiscano imparzialità, fondati su criteri oggettivi e predeterminati, quali, ad esempio, il rinvio al procedimento d'avviamento numerico fondato su graduatorie precostituite dalla P.A. o su procedure che garantiscano, anche in assenza di concorso, una scelta trasparente e imparziale.

Sulla Giurisdizione

In tema di **giurisdizione, il Consiglio di Stato, SEZ. V - sentenza 8 giugno 2015 n. 2794** ha avuto modo di chiarire che così come affermato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, ciò che è essenziale per radicare la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di procedure concorsuali per l'assunzione di personale è la riconducibilità dell'atto o del comportamento all'esercizio di **pubblici poteri**.

Nuovo Testo unico:

Comma 4 art. 19: Resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità provvedimenti e procedure.

Il controllo analogo

- Sentenza Teckal, prima definizione controllo analogo: “*rapporto che determina da parte dell’amministrazione controllante un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione [...] che riguarda l’insieme dei più importanti atti di gestione*”. Presenza anche minoritaria privati escludeva il modello in house l’in house esclude la terzietà, in quanto l’affidamento avviene a favore di un soggetto dotato di autonoma personalità giuridica ma in condizione di soggezione nei confronti dell’ente affidante, che, invece, è nella condizione dominante di determinarne le scelte.

REQUISITI

Art. 12 direttiva appalti – Art. 5, 192 D.lvo 50/2016

- **Controllo analogo: influenza determinante sia sugli obiettivi strategici del tutto simile a quello esercitato sui propri servizi che sulle decisioni più significative dell'affidatario in house (lett. c art, 2 175/2016) ;**
- **Attività prevalente, concetto di rilevanza precisato: 80% (fatturato medio);**
- **Totale partecipazione pubblica (rimane comunque ipotesi principale).**
- **Salvo i casi che: manchi potere di veto o controllo dei privati tale da poter influenzare il soggetto affidatario, siano prescritte disposizioni nazionali e tali disposizioni siano conformi ai Trattati;**
- **“A cascata”, “Frazionato”, Pluripartecipato, verticale invertito.**

Il modello in house costituisce un modo di gestione ordinario dei servizi pubblici locali, **alternativo** rispetto all'affidamento mediante **selezione pubblica**, per cui non costituisce un'eccezione; il quinto considerando della direttiva UE 24/2014 sugli appalti pubblici, stabilisce che “nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva”.

L'in house non è una “eccezione”

• **CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE - SENTENZA 25 novembre 2013, n.26283**

- **La Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica presso detta corte quando tale azione sia diretta a far valere la responsabilità degli organi sociali per danni da essi cagionati al patrimonio di una società in house, per tale dovendosi intendere quella costituita da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi, di cui esclusivamente tali enti possano esser soci, che la Corte dei conti ha giurisdizione sull'azione di responsabilità esercitata dalla Procura della Repubblica esplicitamente espliciti la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti e la cui gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.**
- **Le società in house hanno della società solo la forma esteriore ma costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi. Ne consegue che gli organi di tali società, assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, neppure possono essere considerati, a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica, come investiti di un mero munus privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società.**
- **Gli organi delle società in house sono preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa pubblica amministrazione, sicché è da ritenersi che essi siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non altrimenti di quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico.**

•

La motivazione della scelta

Anche il più recente articolo 192, comma 2, del Dlgs n. 50/2016 richiede, ai fini dell'affidamento in house, la preventiva valutazione sulla **congruità economica** dell'offerta dei soggetti in house e la pertinente **motivazione del provvedimento di affidamento** circa le ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.

La motivazione della scelta segue

- Il medesimo decreto sulle partecipate, in coerenza con quanto già previsto dall'art. 1, comma 611, della legge n. 190 del 2014 (legge di stabilità 2015), non si limita a prevedere che la forma di gestione *in house* sia potenzialmente conveniente a livello economico, ma, ancor prima, richiede che la partecipazione sia strettamente necessaria ed indispensabile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.
- Non a caso, l'art.4 del D. Lgs. 175/2016 dispone che le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

La motivazione della scelta segue

- La magistratura contabile (Corte dei Conti, Sez. contr. Lombardia, deliberazione n.140 del 11 maggio 2016) ha sottolineato come il disfavore legislativo verso il proliferare di servizi locali (o attività strumentali) **gestiti mediante società partecipate abbia imposto una loro razionalizzazione**, avente come obiettivo la riduzione, per cui il più recente parametro normativo sollecita una motivazione ulteriore rispetto a quella di mera inerenza alle finalità istituzionali o di economicità.
- Tale necessità si fa maggiormente pressante proprio nel caso della costituzione di una nuova società - che, se non accompagnata da simmetriche operazioni di dismissione, si pone in contrasto con l'obiettivo di razionalizzazione/riduzione imposto dalla legge - e, in particolare, nel caso in cui la stessa legge preveda, per uno specifico servizio, ipotesi alternative di gestione.

La motivazione della scelta
segue

- L'affidamento diretto “in casa” - sempre che ricorrano tutti i requisiti delineatisi per effetto della normativa comunitaria, della relativa giurisprudenza e delle nuove disposizioni del diritto positivo - costituisce **frutto di una scelta ampiamente discrezionale**, che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti. (Vedi Tar Lombardia, Sez. II, 9 maggio 2016, nr. 639).

Le società a partecipazione mista quale modello di partenariato pubblico-privato

- S'intende l'insieme di quei modelli di collaborazione tra il settore pubblico e il settore privato che hanno come obiettivo finale la realizzazione dell'interesse pubblico.
- Duplice è la finalità della cooperazione pubblico-privata: da un lato, garantire opere e servizi pubblici, anche in situazioni di restrizione del bilancio statale, alleggerendo gli oneri economico-finanziari che le pubbliche amministrazioni devono sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità; dall'altra, quella di assicurare l'utilizzo di metodologie proprie del settore privato, al fine di ottenere un miglior rapporto qualità/prezzo senza pregiudizio per l'interesse pubblico,.

Dal novellato art. 23-bis D.L. 25 giugno 2008, n. 112 al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, segue.

- Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 viene introdotta una puntuale disciplina in ordine alle modalità di scelta del socio privato secondo le regole della "gara a doppio oggetto" ed alla durata della sua partecipazione, al riguardo recependo con caratteristiche di "essenzialità" (le stesse che connotano l'intera disciplina del decreto), i riportati consolidati orientamenti in tema di condizioni necessarie al fine di evitare surrettizie operazioni di elusione della normativa comunitaria.
- Nel contempo, viene introdotta una disciplina tale da consentire al socio pubblico di mantenere una posizione di controllo sulla società mista, nonché introdotte specifiche disposizioni regolanti il funzionamento in deroga alla disciplina di diritto comune societario.

Dal novellato art. 23-bis D.L. 25 giugno 2008, n. 112 al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, segue.

In tal senso, gli elementi caratterizzanti la disciplina **introdotta dall'art. 17 attengono alla previsione:**

- di una quota minima di partecipazione del soggetto privato, pari al 30 per cento del capitale sociale;
- di una procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del socio e per il contestuale affidamento di servizi mediante appalto/concessione allo stesso;
- di una relazione obbligatoria tra durata della partecipazione del socio privato alla società e durata dell'affidamento;
- di clausole statutarie per la liquidazione delle azioni/quote al socio privato;
- di deroghe al codice civile per gli statuti delle società miste.

POTERI d'indirizzo, direzione e coordinamento EE.LL (continua)

- Ciascun ente locale (o P.A. in genere) che sia proprietario di “**azione o quota di società di capitali**” è tenuto ad adottare sistemi di controllo diretti a conservare il valore della partecipazione e a verificare le modalità con le quali si svolge la sua attività che in via indiretta contribuisce al perseguimento obiettivi ente locale;
- Obblighi di verifica e di controllo minimi;
- **Maggiori per gli enti in house**: controllo finanziario e stringente su ente societario;

POTERI di indirizzo, direzione e coordinamento EE.LL. (continua)

- L'ente locale quale regolatore del servizio e di azionista deve predisporre un sistema che consenta di verificare raggiungimento obiettivi;
- Secondo dimensione partecipazione: strumenti diretti a controllare andamento società in relazione ai profili finanziari che gestionali, efficacia del servizio, eventuali miglioramenti; eventuali modifiche modalità di organizzazione e gestione;
- Art. 97 Costi e art. 1 legge 241/90: efficienza azione amministrativa: *“buon andamento”* e *“retta da criteri di economicità ed efficacia”*

POTERI di indirizzo, direzione e coordinamento EE.LL (continua)

- Se anche viene utilizzato il termine controllo (... analogo) si è in presenza di una nozione che rientra nell'amministrazione attiva e non di controllo in senso proprio;
- **Utili elementi:** obbligo trasmettere mensilmente i verbali riunioni Consiglio di Amministrazione e Collegio Sindacale, ordini giorno medesimo Consiglio;
- Obbligo con periodicità stabilita ee.ll. una relazione andamento finanziario e quantità/qualità servizi resi ai Cittadini;

**Controlli dell'ente locale sulle società partecipate
(Art. 147-quater D.LGS. 267/00 (Controlli sulle società partecipate non quotate)**

Art. 3, c. 1, lett. d) D.L. 174/12, conv. L. 132/12

- **L'ente locale definisce, secondo la propria autonomia organizzativa, un sistema di controlli sulle società non quotate, partecipate dallo stesso ente locale. Tali controlli sono esercitati dalle strutture proprie dell'ente locale, che ne sono responsabili;**
- **Dal 2014 tutti enti sopra con più 15.000 abitanti;**
- **Per tutti gli altri vedi comma 3 art. 147 quinquies TUEL:**
- ***Il controllo sugli equilibri finanziari implica anche la valutazione degli effetti che si determinano per il bilancio finanziario dell'ente in relazione all'andamento economico-finanziario degli organismi gestionali esterni.***

Ufficio partecipate negli ee.ll.

- Necessità ufficio partecipate;
- Struttura e modalità operative devono essere differenti a seconda dimensione e natura e qualità società partecipate.
- Un servizio ovvero uno specifico ufficio;
- Chiarezza i compiti; esito controlli risulti da specifici atti, accessibili e che contengano elementi necessari per un esercizio cosciente e coerente dei diritti dei soci o da parte ente locale;
- Responsabilità per perdite, ripiani ovvero cattivo andamento organismo societario

Indicazioni art. 147 quater TUEL

- Nuova disposizione è contenuta nell'art. 147 quater che **delinea la metodologia** con alcune indicazioni generali introdotta con D.L. 174/2012;
- Le indicazioni generali vanno modulate da ciascun ente locale, secondo specifiche particolarità
- Limitazione enti sopra 15mila abitanti;
- Gli enti minori devono comunque verificare la compatibilità del mantenimento di partecipazioni azionarie in società che non siano di gestione dei servizi locali a rete, unitamente ad altri enti locali.

- Nonostante l'entrata in vigore del testo unico sulle società partecipate, sussistono punti di attrito tra la disciplina degli enti partecipanti (che, tra l'altro) continuano ad applicare una contabilità essenzialmente finanziaria) e quella dettata per le società di capitali.
- Lungi dal voler elencare tutte le differenze e possibili incoerenze, in questa sede si evidenziano alcuni possibili punti di frizione.

Le conciliazioni di partite debitorie e creditore

- Proprio per l'essere la società partecipata una proiezione (a volte totale) dell'ente partecipante, il legislatore ha dettato norme in tema di armonizzazione contabile tra partecipata e socio.

- Applicazione 159 del 2011

- Whistleblower
- Il dlgs 24 del 2023 ha esteso la disciplina (art. 3) ai
- *i dipendenti degli enti pubblici economici, degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, delle **societa' in house**, degli organismi di diritto pubblico o dei concessionari di pubblico servizio*

- Disciplina anticorruzione

La gestione del personale

- Altro punto fondamentale riguarda la gestione del personale, ove si potrà giocare la partita sull'efficienza dell'ente partecipato.
- In particolare:
- Le assunzioni, per le quali vi è stata omogeneizzazione (art. 19 TUSP);
- Le mansioni;

Le mansioni

Pubblica amministrazione	Soggetto privato
52	2103

- C. Cost. 133 del 2023
- Il principio del pubblico concorso, previsto dall'art. 97, quarto comma, Cost., è la forma generale e ordinaria di reclutamento per le amministrazioni pubbliche, rappresentata da una selezione trasparente, comparativa, basata esclusivamente sul merito e aperta a tutti i cittadini in possesso di requisiti previamente e obiettivamente definiti. (Precedenti: S. 199/2020 – mass. 42737; S. 36/2020 – mass. 42457; S. 40/2018 – mass. 39893).
- La regola del concorso pubblico non è assoluta, essendo consentite deroghe legislativamente disposte per singoli casi; essa non esclude, dunque, forme diverse di reclutamento purché siano funzionali al buon andamento dell'amministrazione, rispondano a criteri di ragionevolezza e siano comunque in armonia con le disposizioni costituzionali. (Precedenti: S. 110/2023 – mass. 45591; S. 227/2021 – mass. 44393; S. 133/2020 – mass. 42558; S. 34/2004).
- Il concorso è necessario anche nei casi di nuovo inquadramento in una qualifica superiore di dipendenti già in servizio, poiché anche il passaggio ad una fascia funzionale superiore comporta l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed è soggetto, pertanto, quale figura di reclutamento, alla regola del pubblico concorso. (Precedenti: S. 37/2015; S. 217/2012 – mass. 36618; S. 7/2011 – mass. 35230; S. 150/2010; S. 293/2009; S. 194/2002)

Le riduzioni del costo del personale

- Art. 19, comma 5 TUSP
- Le amministrazioni pubbliche e le società fissano, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale e tenuto conto di quanto stabilito all'articolo 25, ovvero delle eventuali disposizioni che stabiliscono, a loro carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale.

- Per esempio applicazione del CCNL funzioni locali ai dipendenti della partecipata?

Il regime degli interessi

- Per i dipendenti pubblici limite al cumulo, art 22, comma 36.
- Per quelli della partecipata 429 cpc

I requisiti morali

- Per i pubblici dpr del 1994.
- Per i privati divieto di assumere informazioni.

- Differenze per i codici di comportamento