

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
E SOCIETA' A PARTECIPAZIONE PUBBLICA
acquisto di beni e servizi – assunzione personale – consulenze

ABSTRACT

Il quadro di riferimento normativo

In questi ultimi anni gli acquisti di beni e servizi e l'assunzione del personale da parte delle società a partecipazione pubblica sono stati oggetti di numerosi interventi legislativi.

Con riguardo all'acquisizione di servizi e forniture va, innanzitutto, richiamato il **decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163** (Codice dei contratti pubblici) che fa riferimento alle società pubbliche sia indirettamente, al comma 26 dell'art. 3 laddove sono definiti gli "*organismi di diritto pubblico*", sia direttamente al comma 28 dello stesso articolo, in tema di "imprese pubbliche", e all'art. 32. Il comma 28 qualifica le "*imprese pubbliche*" come quelle su cui "*le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante o perché ne sono proprietarie, o perché vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù delle norme che disciplinano dette imprese*". L'art. 32, invece, al comma 1, lettera c), assoggetta alle disposizioni del Codice ai contratti di "*lavori, servizi, forniture affidati dalle società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*".

In tema di assunzione del personale va, invece, richiamato l'**art. 18 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112** convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008 n. 133, laddove prevede che 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'art. 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*" e che 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*". All'articolo è stato poi aggiunto un comma secondo cui "*le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, 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 svolgono 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” (comma 2bis aggiunto dal decreto legge 1 luglio 2009 n. 78 convertito, con modificazioni in legge 3 agosto 2009 n. 102).

L'art. 23bis dello stesso **decreto legge 25 giugno 2008 n. 112** si occupa anche di acquisto di beni e servizi demandando al Governo il compito di emanare uno o più regolamenti sull'osservanza “*da parte delle società in house e delle società a partecipazione pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale*” (comma 10, lettera a). Sulla base di tale previsione è stato poi emesso il D.P.R. 7 settembre 2010 n. 168, il cui art. 6 è dedicato all'acquisizione di beni e servizi (“*le società in house e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni*”), mentre l'art. 7 si occupa di assunzione del personale (“*le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali 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*”).

Dopo l'abrogazione, a seguito di consultazione referendaria, dell'art. 23bis sulla materia è intervenuto l'art. 4 del **decreto legge 13 agosto 2011 n. 138** convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011 n. 148, che dedica due commi ai temi in questione: il comma 15, secondo cui “*le società cosiddette in house e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali, applicano per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, e successive modificazioni*”, e il comma 17, secondo cui “*le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali 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'art. 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*”. Sono due commi che, a ben vedere, riproducono letteralmente il contenuto degli artt. 6 e 7 del D.P.R. 7 settembre 2010 n. 168.

Ancor più di recente è intervenuto il **decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1**, il cui art. 25 ha aggiunto, all'art. 3 del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138 convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011 n. 148, l'art. 3bis, il cui comma 4 dispone che “*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", continua la nuova norma, "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'art. 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieto o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura contributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori".

In tema di conferimenti di incarichi e consulenze va, invece, innanzitutto ricordato l'**art. 61**, comma 7, del **decreto legge 25 giugno 2008 n. 112** convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008 n. 133, secondo cui *"le società non quotate a totale partecipazione pubblica ovvero comunque controllate dai soggetti tenuti all'osservanza delle disposizioni di cui ai commi 2, 5 e 6 si conformano al principio di riduzione di spesa per studi e consulenze, per relazioni pubbliche, convegni, mostre e pubblicità, nonché per sponsorizzazioni, desumibile dai predetti commi"*. Va poi menzionato il comma *2bis* del già citato **art. 18** del **decreto legge 25 giugno 2008 n. 112**, laddove dispone che le 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 adeguano *"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"*.

Da ultimo merita citare anche l'**art. 6**, comma 7, del **decreto legge 31 maggio 2010 n. 78**, convertito in legge 30 luglio 2010 n. 122, con cui il legislatore ha stabilito che *"a decorrere dall'anno 2011 la spesa annua per studi ed incarichi di consulenza, inclusa quella relativa a studi ed incarichi di consulenza conferiti a pubblici dipendenti, sostenuta dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009 n. 196, incluse le autorità indipendenti, escluse le università, gli enti e le fondazioni di ricerca e gli organismi equiparati (nonché gli incarichi di studio e consulenza connessi ai processi di privatizzazione e alla regolamentazione del settore finanziario) non può essere superiore al 20 per cento di quella sostenuta nell'anno 2009"*, con l'ulteriore precisazione che *"l'affidamento di incarichi in assenza dei presupposti di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale"*.

L'acquisto di beni e servizi

In base alla normativa sopra richiamata può dirsi che l'obbligo di rispettare le procedure di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 per l'acquisto di beni o servizi sussiste:

- a) per le società pubbliche o a partecipazione mista pubblica e privata qualificabili come “organismi di diritto pubblico” ai sensi dell’art. 3, comma 26, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163;
- b) per le imprese pubbliche di cui all’art. 3, comma 28, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163;
- c) per le società con capitale pubblico, anche non maggioritario, che non sono organismi di diritto pubblico, che hanno ad oggetto della loro attività la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, ivi comprese le società di cui agli articoli 113, 113-bis, 115 e 116 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267;
- d) per le società in house e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali.

Da tale elencazione può desumersi come il legislatore abbia, nel tempo, ampliato sempre di più l’ambito delle società obbligate a seguire procedure ad evidenza pubblica nell’acquisto di beni o servizi, fino a ricomprendervi quasi tutte le tipologie.

L’applicazione della disciplina prevista dal Codice dei contratti pubblici impone di distinguere a seconda che la società operi nei “settori ordinari” o in quelli “speciali” (gas, energia termica, elettricità, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, porti e aeroporti).

Per le società operanti nei **settori ordinari** trovano applicazione le norme di cui alla Parte II del Codice dei contratti, con la distinzione, per ciò che concerne servizi e forniture, tra contratti (i) sopra soglia comunitaria (più di € 200.000,00), (ii) sotto soglia comunitaria (meno di € 200.000,00) e (iii) acquisti in economia (con la distinzione di acquisti di importo tra € 20.000,00 e € 200.000,00 e di importo inferiore a € 20.000,00).

Per le società operanti nei **settori speciali** trovano invece applicazione le disposizioni di cui alla Parte III del Codice, con una diversa soglia (per forniture e servizi € 400.000,00) e con un richiamo, per ciò che concerne gli acquisti in economia, alla disciplina dei settori ordinari (v. art. 238, comma 6). Va anche segnalato come, ai sensi dell’art. 217 del Codice, la disciplina dei settori speciali non trovi applicazione laddove le società acquistano beni o servizi per scopi diversi dall’esercizio delle loro attività. Sulla questione relativa alla normativa applicabile in tali casi si è poi espressa l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza 1 agosto 2011 n. 16.

L’assunzione del personale

Ai sensi di quanto previsto dall’art. 18 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 le società in house e le affidatarie, sia totalmente pubbliche che a partecipazione mista pubblica e privata, devono, mediante adozione di propri provvedimenti, adottare criteri e modalità per il reclutamento del

personale nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Tale norma prevede che le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformino ai principi:

- a) di adeguata pubblicità della selezione e 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;
- b) di adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;
- c) di rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;
- d) di decentramento delle procedure di reclutamento;
- e) di 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.

La previsione introdotta dall'art. 18 è stata da più parti criticata rilevando la difficoltà di applicare a soggetti di natura privatistica una disciplina (quella dell'art. 35 del decreto legislativo n. 165/2001) dettata per le amministrazioni pubbliche. Va però segnalato come l'art. 18 non abbia fatto altro che recepire l'orientamento della Corte Costituzionale che, con sentenza n. 29/2006, in sede di esame d'una norma di legge regionale che prevedeva, per le società a capitale interamente pubblico, affidatarie del servizio pubblico locale, l'obbligo del rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente, aveva stabilito che la disposizione in esame era volta a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici.

La stessa Corte Costituzionale peraltro, con sentenza n. 325/2010, ha avuto modo di rilevare l'infondatezza della questione di costituzionalità sollevata con riferimento alla seconda parte della lettera a) dell'art. 23bis del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, laddove si fa proprio riferimento all'obbligo di seguire procedure ad evidenza pubblica per l'assunzione del personale.

Vale la pena segnalare come, oltre all'obbligo di adottare procedure pubblicistiche per l'assunzione del personale, con l'art. 18 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 (la cui validità è stata confermata dall'art. 4, comma 14, del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138) il legislatore abbia

esteso alle società pubbliche i divieti e le limitazioni che si applicano all'amministrazione controllante.

Il conferimento di incarichi

Anche per il conferimento di incarichi e consulenze ha soggetti esterni alle società il legislatore ha introdotto dei limiti. L'ambito soggettivo di applicazione di tali limiti, però, è meno esteso rispetto a quelli previsti per l'assunzione del personale. Così, ad esempio, l'art. 61, comma 7, del decreto legge 25 giugno 2008 n. 122 si applica (a seguito della modifica introdotta dall'art. 8novies, del decreto legge 10 febbraio 2009, convertito, con modificazioni, in legge 9 aprile 2009 n. 33) si applica alle sole società inerte nell'elenco ISTAT. Nello stesso senso l'art.6, comma 7, del decreto legge 31 maggio 2010 n. 78 trova applicazione per le sole società che sono inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione.

Va, però, rilevato come molte delle norme di legge richiamate nel primo paragrafo, laddove impongono alle società l'adozione, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale, fanno riferimento anche al "*conferimento degli incarichi*"; ciò che pare improprio è il successivo richiamo al rispetto, per tali conferimenti, ai principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165: forse sarebbe più corretto il richiamo all'art. 7, comma 6, dello stesso decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165.

Nell'ambito del conferimento di incarichi a soggetti terzi non va dimenticato che le società pubbliche non sono esenti da responsabilità erariale: perché ricorra tale tipo di responsabilità, infatti, non rileva il modulo privatistico dell'attività svolta, o il suo regime, bensì la natura dell'attività concretamente svolta dal soggetto agente e il carattere pubblico dei finanziamenti e delle risorse economiche utilizzate. La responsabilità erariale può ricorrere, dunque anche in quei soggetti che sono al di fuori delle regole procedurali della pubblica amministrazione, ma in presenza di risorse pubbliche gestite o utilizzate in violazione con i fini e la Corte dei conti, secondo un orientamento ormai costante, ha il potere - dovere di "*verificare la ragionevolezza dei mezzi impiegati in relazione agli obiettivi perseguiti, dal momento che anche tale verifica è fondata su valutazioni di legittimità e non di mera opportunità*". In quest'ottica si è ritenuta sussistente la responsabilità erariale di un presidente di una società per aver violato il principio costituzionale di buon andamento e nello specifico, l'aver stipulato, con soggetti estranei all'amministrazione contratti per l'espletamento di attività, che potevano essere svolte da personale dipendente dell'azienda medesima (Corte dei Conti, Lazio, 3 agosto 2010 n. 1598).

**** *
**** *
**** *

avv. Carlo Merani