



La responsabilità civile, amministrativa e erariale nella gestione delle società a partecipazione pubblica. Novità normative e giurisprudenziali

## Descrizione

I

Indice: 1. Premesse. – 2. La responsabilità degli amministratori delle società partecipate. Profili generali. – 3. La responsabilità verso la società. – 4. I rapporti con i singoli soci e i terzi. – 5. La responsabilità degli amministratori delle società *in house*. Le forme di controllo. – 6. Società partecipate, affidamenti *in house* e nuovo Codice appalti. Spunti di riflessione.

*di David di Meo\* e Andrea Altieri\*\**

### 1. Premesse

Le società a partecipazione pubblica rappresentano, nelle varie forme di volta in volta da esse assunte nel corso del tempo, una realtà ampiamente nota e consolidata nel panorama amministrativo italiano; includendo nel novero delle esperienze gestionali anche le prime forme di partecipazione pubblica successive all'Unità d'Italia ("municipalizzazione" e, in seguito, "capitalismo municipale"), si può affermare che l'intervento degli enti pubblici nella gestione dei servizi resi ai cittadini si basa su un apparato normativo e regolamentare sviluppatosi in un arco temporale di circa 120 anni.

Va chiarito, preliminarmente, come *“l'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione soggiace al limite funzionale della compatibilità con lo scopo pubblico affidato alla cura dell'Ente e che il procedimento di acquisto di partecipazioni deve informarsi ai principi generali dell'azione amministrativa ed a criteri di razionalità operativa. Pertanto, al pari di tutti i procedimenti amministrativi volti alla cura dell'interesse pubblico, anche le operazioni di costituzione di società o di acquisto di partecipazioni societarie effettuate da enti pubblici devono rigorosamente conciliarsi con gli scopi che sono tipici del bilancio e della contabilità pubblica poiché il principio costituzionale di buon andamento letto alla luce di quello dell'equilibrio di bilancio vincola l'amministrazione pubblica ad impiegare nel modo più efficiente possibile tutte le risorse, non solo finanziarie, di cui dispone ai fini del perseguimento degli interessi pubblici affidati alla sua cura”*<sup>[1]</sup>.

Tale principio porta a sviluppare una attenta analisi sui diversi profili di responsabilità in capo a chi è chiamato a gestire tali soggetti di diritto, orientandone le scelte di gestione e l'impiego di risorse pubbliche; <sup>[2]</sup> analisi resa più complessa, inoltre, da uno stratificato *corpus normativo* (oltre che da una costante evoluzione giurisprudenziale) che ha visto, quale punto di arrivo, la pubblicazione del D.Lgs. n. 175/2016 (Testo Unico Società Partecipate – TUSP), tramite il quale il Legislatore ha attuato la delega che il Parlamento gli aveva conferito per *“assicurare la chiarezza della disciplina, la semplificazione normativa e la tutela e promozione della concorrenza”* mediante la *“razionalizzazione e riduzione delle partecipazioni pubbliche secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità”* e la *“ridefinizione della disciplina, delle condizioni e dei limiti per la costituzione di società, l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie da parte di amministrazioni pubbliche”* (art. 18, L. n. 124/2015).

In particolare, per ciò che concerne l'amministrazione delle società a controllo pubblico, si richiama, sin da ora, il disposto di cui all'art. 11, D.Lgs. n. 175/2016, il quale stabilisce i requisiti degli organi amministrativi e di controllo, allo scopo di garantire professionalità, onorabilità, autonomia ed equilibrio di genere, preservare dalle incompatibilità, porre un tetto ai compensi, tutelare l'ente in caso di danno erariale, procedere a un eventuale controllo giudiziario e, ove possibile, snellire forme e tempi, tramite la nomina di un amministratore unico (sempre che non sia necessaria una diversa forma di *governance*).<sup>[3]</sup>

## ***2. La responsabilità degli amministratori delle società partecipate. Profili generali***

Ferma tale premessa, i protagonisti della gestione delle società partecipate sono figure diverse, talvolta molto eterogenee fra loro, le cui nomine dovrebbero essere legate ad una effettiva capacità di gestione della persona giuridica, atteso che dal loro operato derivano i risultati societari. Per questa ragione, è logico corollario della capacità gestoria la connessa responsabilità operativa degli amministratori, dei sindaci e dei revisori delle società.

È d'uopo evidenziare che alle azioni di responsabilità, disciplinate dal diritto societario nell'ambito civilistico si affiancano le specialità del settore pubblicistico, trattandosi di società partecipate da enti pubblici. Ciò che emerge, tuttavia, è una incertezza sul regime delle responsabilità, soprattutto per quanto attiene al confine tra le responsabilità regolate dal diritto societario, per gli amministratori, i

---

sindaci ed i revisori, e quelle governate dalla giustizia contabile per eventuali danni che i soggetti responsabili della gestione cagionino agli enti pubblici partecipanti.

In particolare, è talvolta ambiguo il confine tra la giurisdizione del Giudice ordinario e quella della Corte dei conti, nei confronti di soggetti che abbiano svolto funzioni amministrative o di controllo (amministratori o sindaci) in società di capitali costituite e/o partecipate da Enti pubblici, quando ad essi vengano imputati atti contrari ai loro doveri d'ufficio con conseguenti danni per i bilanci delle società.

Occorre dare atto che con la sentenza n. 5848 del 2015, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avevano sostanzialmente tracciato una linea riassuntiva degli orientamenti precedenti, per cui il giudizio di responsabilità sulla *mala gestio* degli amministratori e sul mancato controllo da parte dei sindaci nelle società '*partecipate*' pubbliche, sarebbero di spettanza della giurisdizione ordinaria.

Difatti, la forma delle società di capitali comporta uno "schermo" tra la realtà societaria e l'ente pubblico. Ciò significa, sostanzialmente, che il danno non viene cagionato direttamente all'ente pubblico dalla *mala gestio* dell'amministratore, ma il danno all'ente pubblico viene cagionato come riflesso del danno al patrimonio sociale.

La Cassazione opera un ragionamento che si fonda sull'autonomia e sulla separazione del patrimonio della società di capitali, rispetto al patrimonio dell'ente pubblico che detiene la partecipazione, di talché non può considerarsi arrecato direttamente all'ente pubblico il danno conseguente alla *mala gestio* degli amministratori e al mancato controllo da parte dei sindaci. Pertanto, le sole azioni di responsabilità esperibili sarebbero quelle civilistiche, tipiche del diritto societario.[\[4\]](#)

Deriva da tutto ciò che la Corte dei conti sarebbe competente solo laddove si configuri un "danno diretto" al patrimonio pubblico, ossia un danno immediatamente cagionato al patrimonio dell'ente pubblico. Anche sotto tale aspetto emergono importanti profili circa la concreta identificazione dei danni diretti, tra i quali si inserisce il c.d. danno all'immagine dell'ente pubblico, relativamente al quale vi è innumerevole giurisprudenza contabile degli ultimi anni, non senza contrasti in punto di reati presupposto. Difatti, pure se originariamente era dibattuto che l'ente pubblico avesse un'immagine risarcibile qualora danneggiata, in seguito alla Legge c.d. "anti corruzione" – Legge n. 190/2012 – tale assunto è stato fatto proprio dall'ordinamento, atteso che lo stesso legislatore ha inteso quantificare l'immagine danneggiata, definendone i parametri per computare il risarcimento.[\[5\]](#)

Altra ipotesi per cui la Corte di Cassazione ha ritenuto sussistere la giurisdizione contabile è quella delle società *in house* (v. *infra*), che postula una società quale *longa manus* dell'ente pubblico, in ragione dell'esistenza di un controllo analogo a quello delle proprie articolazioni interne, ovvero la proprietà di quote societarie da parte dell'Ente partecipante, tali da consentire che l'attività sia prevalentemente svolta a favore dello stesso.[\[6\]](#)

Si evidenzia, sin da ora, che tali enti sono sostanzialmente società controllate, emanazione diretta dall'ente pubblico, che possono essere o meno partecipate interamente dalla P.A. e su cui l'ente pubblico esercita un potere maggiore di un'influenza dominante, ovvero controlla le fondamentali scelte strategiche, gli obiettivi e le decisioni significative della persona giuridica (c.d. controllo analogo).<sup>[7]</sup> Al ricorrere di queste ipotesi non avrebbe più funzione lo schermo societario, di talché le società *in house* non sarebbero soggetto terzo rispetto all'ente pubblico bensì una sua estensione organizzativa, ovvero un ufficio esterno della Pubblica amministrazione stessa.

Successivamente, con sentenza n. 249 del 2015, la Corte dei conti, Sezione Prima Giurisdizionale Centrale di Appello, ha ribadito invece la propria competenza a giudicare non solo sulle società *in house*, bensì anche sulle società partecipate ogni qual volta si profili un danno cagionato al patrimonio dell'ente pubblico, pure qualora il danno cagionato sia solo indiretto. Pertanto, il Giudice contabile sarebbe competente pure innanzi ad un danno cagionato al patrimonio societario, al patrimonio sociale che indirettamente determina un danno all'Ente pubblico partecipante la società.

La Corte, difatti, valorizzando la funzione di tutela del patrimonio pubblico, pure a prescindere dalla forma privatistica utilizzata, si è ritenuta da sempre competente anche sulle società a partecipazione pubblica, limitatamente alle porzioni di patrimonio sociale posseduto, ovvero secondo le quote o le azioni rappresentative della partecipazione pubblica<sup>[8]</sup>.

Occorre poi considerare che il "dolo erariale" e la "colpa erariale" differiscono dal dolo e dalla colpa che rilevano per il diritto societario, atteso che l'art. 12 t.u., rubricato "*Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate*" prevede che: «*I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle partecipate (ovvero tutte le società a partecipazione pubblica senza distinzioni) sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previsti dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house*». Pertanto, la deroga formale in punto di giurisdizione a favore del giudice contabile è per le società *in house*.

Inoltre, la norma prevede anche che: «*È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota della partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2. Da ciò deriva che alla Corte dei conti spetta la giurisdizione per le società in house e per "danno erariale" senza ulteriori specificazioni. Sul punto il rinvio al comma 2 dell'art. 12, ci chiarisce che « costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione*».

Pertanto, ai fini del danno erariale la condotta soggettiva rilevante, a titolo di dolo o di colpa grave, consiste nel pregiudizio arrecato al valore della partecipazione dell'ente pubblico nell'esercizio dei diritti di socio.<sup>[9]</sup>

Occorre poi sottolineare che il TUSP configura la responsabilità del rappresentante dell'ente pubblico che trascura i suoi doveri di socio, così cagionando una *deminutio* patrimoniale all'Amministrazione di appartenenza, in ciò consistendo il danno che si arrecherebbe in via indiretta all'Ente pubblico.

### 3. La responsabilità verso la società

Occorre ora indagare su quale sia la portata dell'effettiva responsabilità degli amministratori: come noto questa si conforma al principio di insindacabilità delle scelte gestionali (c.d. *business judgement rule*), per cui all'amministratore non è imputabile alcuna inopportunità della scelta dal punto di vista economico.<sup>[10]</sup>

Una siffatta valutazione, che inerisce alla discrezionalità imprenditoriale, potrebbe rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, ma non quale fonte di responsabilità del medesimo verso la società.

L'insindacabilità nel merito delle scelte gestionali dell'amministratore, ad ogni modo, non ha carattere totalitario, poiché postula la ragionevolezza della scelta, secondo i parametri di diligenza di cui all'art. 2392 c.c., *“tenuto conto in particolare della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per decisioni di quel tipo, oltre che della cura mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione intrapresa”*<sup>[11]</sup>.

Pertanto, il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nel proprio mandato *“non può mai investire le scelte di gestione o le modalità e circostanze di tali scelte, anche se presentino profili di rilevante alea economica”*<sup>[12]</sup>.

È principio assodato, comunque, che la responsabilità degli amministratori di società di capitali per i danni cagionati alla società che si amministra ha carattere contrattuale,<sup>[13]</sup> atteso che la società *“deve allegare le violazioni compiute dagli amministratori ai loro doveri e provare il danno e il nesso di causalità tra la violazione e il danno”* <sup>[14]</sup>, ed all'amministratore convenuto incombe l'onere di dimostrare la non imputabilità del fatto dannoso alla sua condotta, fornendo la prova positiva dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi imposti.

Inoltre, qualora il comportamento pregiudizievole sia imputabile, in via diretta, solamente ad alcuni amministratori, con essi risponderanno in solido pure gli altri qualora – per violazione degli specifici obblighi posti a loro carico, avuta conoscenza del pregiudizio imminente per la società – non abbiano preveduto o impedito l'attività dannosa dei primi<sup>[15]</sup>. Per la Corte di Cassazione, infatti, *“In tema di responsabilità degli amministratori di società, ove la relativa azione venga proposta nei confronti di una pluralità di soggetti, in ragione della comune partecipazione degli stessi, anche in via di mero fatto, alla gestione amministrativa e contabile, tra i convenuti non si determina una situazione di litisconsorzio necessario, attesa la natura solidale della obbligazione dedotta in giudizio che, dando luogo ad una pluralità di rapporti distinti, anche se collegati tra loro, esclude l'inscindibilità delle posizioni processuali, consentendo quindi di agire separatamente nei confronti di ciascuno degli amministratori”* (Cass. civ., Sez. I, 6 ottobre 2020, n. 21497).

La responsabilità degli amministratori vige, altresì, verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi sulla conservazione e salvaguardia dell'integrità del patrimonio sociale. I creditori possono esperire l'azione qualora il patrimonio sociale risulti insufficiente per soddisfare i relativi crediti, a causa della cattiva gestione[16]. In tal senso, la configurazione dell'insufficienza del patrimonio sociale “*può risultare dal bilancio sociale che costituisce, per la sua specifica funzione, il documento informativo principale sulla situazione della società non solo nei riguardi dei soci, ma anche dei creditori e dei terzi in genere*”, termine da cui decorre la prescrizione[17].

#### 4. I rapporti con i singoli soci e i terzi

I singoli soci ed i terzi hanno il diritto al risarcimento dei danni direttamente cagionati da atti colposi o dolosi da parte degli amministratori. Questa azione si differenzia per la natura diretta del danno lamentato dal soggetto legittimato ad esperirla.

Anche se la società fallisce, la legittimazione all'azione rimane individualmente intestata al singolo socio e al terzo, come ravvisato dalla Corte di Cassazione sul punto: “*In tema di azioni nei confronti dell'amministratore di società, a norma dell'art. 2395 cod. civ., il terzo (o il socio) è legittimato, anche dopo il fallimento della società, all'esperimento dell'azione (di natura aquiliana) per ottenere il risarcimento dei danni subiti nella propria sfera individuale, in conseguenza di atti dolosi o colposi compiuti dall'amministratore, solo se questi siano conseguenza immediata e diretta del comportamento denunciato e non il mero riflesso del pregiudizio che abbia colpito l'ente, ovvero il ceto creditorio per effetto della cattiva gestione, dovendosi proporre, altrimenti, l'azione, contrattuale, di cui all'art. 2394 cod. civ., esperibile, in caso di fallimento della società, dal curatore, ai sensi dell'art. 146 della legge fall.*”[18]

Non appare invece predicabile l'azione individuale del socio verso l'amministratore qualora il danno subito costituisca solamente il riflesso del pregiudizio arrecato al patrimonio sociale, atteso che “*l'art. 2395 c.c. esige che il singolo socio sia stato danneggiato “direttamente” dagli atti colposi o dolosi dell'amministratore, mentre il diritto alla conservazione del patrimonio sociale appartiene unicamente alla società; la mancata percezione degli utili e la diminuzione di valore della quota di partecipazione non costituiscono danno diretto del singolo socio, poiché gli utili fanno parte del patrimonio sociale fino all'eventuale delibera assembleare di distribuzione e la quota di partecipazione è un bene distinto dal patrimonio sociale la cui diminuzione di valore è conseguenza soltanto indiretta ed eventuale della condotta dell'amministratore*”[19].

Ad ogni modo, risulta irrilevante che il comportamento dell'amministratore “*sia stato conforme agli interessi della società o a vantaggio di questa*”,[20] atteso che “*In tema di azioni di responsabilità dei soci nei confronti degli amministratori di società di capitali, non costituisce condotta illecita la mancata rivalutazione, in sede di redazione di bilancio, delle partecipazioni in imprese controllate o collegate, pure consentita dall'art. 2426, comma 1, n. 4, c.c., perché si tratta di una scelta discrezionale rimessa all'organo gestorio, che ha la facoltà, e non l'obbligo, di valutare le menzionate immobilizzazioni finanziarie con il metodo del patrimonio netto, seguendo le modalità indicate dalla norma, invece di iscriverle al costo di acquisto*”[21].

#### 5. La responsabilità degli amministratori delle società in house. Le forme di controllo

Di grande interesse è la disciplina dei rapporti tra i diversi soggetti coinvolti nella *control governance*

---

delle società partecipate dalla P.A.; in particolare, tale profilo assume ancora maggiore complessità per quanto attiene alle società c.d. *in house providing*.

Sulla scorta di un consolidato orientamento di legittimità, le Sezioni Unite della Cassazione hanno recentemente confermato i requisiti affinché una società di capitali partecipata da enti pubblici possa configurarsi come *in house*, ovvero: – il capitale sociale deve essere integralmente detenuto da uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi e lo statuto deve vietare la cessione delle partecipazioni a soci privati; – la società deve esplicitare statutariamente la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti, in modo che l'eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza sul mercato e rivesta una valenza meramente strumentale; – la gestione sia per statuto assoggettata a forme di controllo analoghe a quelle esercitate dagli enti pubblici sui propri uffici.<sup>[22]</sup>

Le stesse Sezioni Unite, inoltre, argomentando in tema di danno erariale subito da una società *in house* a fronte di una non corretta gestione amministrativa,<sup>[23]</sup> hanno evidenziato come il modello *in house* giustifica l'assimilazione ad un'articolazione organizzativa interna dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale; tale impostazione implica il rapporto di servizio tra ente pubblico e amministratori e dipendenti della società, col superamento della distinzione tra le rispettive sfere giuridiche e patrimoniali.

Ciò consente di qualificare come danno erariale, arrecato direttamente al socio pubblico, ogni forma di pregiudizio al patrimonio, derivante da *mala gestio* degli amministratori o dei dipendenti; a tali società non sono dunque applicabili i principi (normalmente riferiti anche alle società a partecipazione pubblica), della distinzione tra personalità giuridica della società e personalità giuridica dei singoli soci, nonché della piena autonomia patrimoniale della prima rispetto ai secondi.

Tale conclusione è in linea, come anticipato, con l'art. 12, comma 2, D.Lgs. n. 175/2016, il quale, facendo proprio, anche sotto questo aspetto, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, si limita a includere, nella nozione di danno erariale, anche il pregiudizio arrecato al valore della partecipazione sociale dell'ente pubblico dalla condotta dei suoi rappresentanti o, comunque, dei soggetti titolari del potere decisionale che, incidendo direttamente sul patrimonio del socio pubblico, costituisce un danno distinto ed ulteriore rispetto a quello subito dal patrimonio della società per effetto della cattiva gestione degli amministratori.

I predetti requisiti devono sussistere tutti contemporaneamente in capo al soggetto *in house* e risultare da precise disposizioni statutarie in vigore al momento del rilievo dello specifico caso di indagine.

In tal senso, va considerato quanto declinato dall'art. 19 del TUSP, come previsto nella Relazione accompagnatoria al Decreto, per cui incombe agli uffici delle P.A. socie definire e impartire gli obiettivi annuali e pluriennali sui costi di funzionamento (comma 5) delle "controllate", le quali devono recepirli (comma 6), "*ove possibile, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello*".

---

Per quanto attiene alle partecipate dagli enti locali si deve considerare, inoltre, l'art. 147- *quater* del TUEL, che impone alle P.A. di dotarsi di un sistema di controllo interno dedicato a tutti gli organismi partecipati, nonché l'art. 16 del TUSP – oltre all'art. 192 del D.Lgs. n. 50/2016 (vecchio Codice appalti, oggi D.Lgs. n. 36/2023, v. *infra*) – che declinano a loro volta le modalità di gestione e le linee per l'affidamento di servizi e per l'esercizio del controllo analogo delle società totalmente partecipate dalla P.A.

Ciò posto, è comunque compito dell'assemblea, che svolga la funzione di organo centrale, dettare le "linee guida", approvare i documenti di programmazione delle società in controllo pubblico, nonché controllare che la gestione sia corretta.[\[24\]](#)

È chiaro che nell'applicazione del controllo analogo l'assemblea riveste un ruolo fondamentale per approvare gli atti di programmazione oltre che, tra l'altro, per esprimere il veto ovvero per autorizzare le decisioni più importanti dell'organo amministrativo.

In pratica, l'attività di *control governance* della P.A. sui propri organismi partecipati si modula secondo tre distinte tipologie, differenziandosi per il ruolo che l'amministrazione medesima ricopre nel rapporto con tali soggetti giuridici.

In tal senso si ha: (i) attività in qualità di socio, in modo da orientare l'attività sociale verso le esigenze pubbliche, e controllare l'aderenza agli indirizzi impartiti e alle decisioni assunte in assemblea, oltre che ad attuare il controllo analogo; (ii) attività in qualità di amministrazione pubblica, in forza della quale le amministrazioni si conformano alle norme sulla detenzione delle partecipazioni, implementando un sistema di controlli, particolarmente penetrante nell'ipotesi di controllo analogo; (iii) attività in qualità di contraente, in modo che l'Amministrazione garantisca adeguati strumenti di verifica sulla corretta esecuzione del contratto[\[25\]](#).

Sotto tale quadro normativo emergono molteplici ipotesi in cui gli amministratori di società partecipate, e conseguentemente anche di quelle controllate, assolvono ai propri doveri in base ad una legislazione frammentaria, che consta di disposizioni non sempre coordinate al meglio tra loro. Ciò, quindi, concorre al rischio di realizzare condotte di *maladministration* nell'accezione dettata dalla legge n. 190 del 2012, ai fini del contrasto di fenomeni corruttivi, poi recepita anche dal Piano Nazionale Anticorruzione, quale guida per la redazione degli aggiornamenti annuali dei corrispondenti Piani di Enti pubblici ed organismi controllati.[\[26\]](#)

A ciò si aggiunga l'art. 6 del D.L. 9 giugno 2021 n. 80, recante misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle Pubbliche Amministrazioni, funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia, convertito in legge 6 agosto 2021 n. 113, che prevede la predisposizione del c.d. "Piano Integrato di Attività e di Organizzazione".

In tal senso, atteso che le disposizioni per il contenimento della spesa di gestione degli organismi partecipati si sviluppano in modo talvolta non organico tra Organi amministrativi delle controllate, Assemblee societarie e Uffici della P.A., occasionando anche comportamenti non improntati a buona amministrazione, risulta necessario che siano anzitutto chiari i vincoli di stampo pubblicitario a cui devono sottostare le società a partecipazione pubblica.

Il legislatore con l'introduzione dell'art. 19 del TUSP, comma 5, si preoccupa, infatti, di assicurare che

---

la gestione sociale delle sole “controllate” si sviluppi all’interno di un perimetro di obiettivi annuali e pluriennali dei costi di funzionamento definito preventivamente dalle PA, senza però porre limiti “quantitativi” in tal senso.

Si rammenta, infatti, che il TUSP si fonda sul principio del contenimento della spesa; tuttavia, è consentito agli enti pubblici soci, nella definizione dei propri obiettivi, prevedere anche un aumento della spesa da parte delle società in controllo pubblico.[\[27\]](#)

Anche la Corte dei conti avvalorava il perseguimento di uno scopo di lucro, sancito dalla scelta stessa del modello societario ai sensi dell’art. 2247 cod. civ., e degli obiettivi di efficienza gestionale, che si traducono in una maggiore elasticità delle dinamiche di spesa del personale, e delle assunzioni in particolare.[\[28\]](#) Ne deriva il riconoscimento, sul piano della legittimità, di obiettivi declinati attraverso previsioni di incremento dei costi di funzionamento, ivi compresi quelli del personale.

Sul punto, le Sezioni Riunite in sede di controllo della Corte dei conti hanno però evidenziato la necessità, nei piani di revisione periodica, di esplicitare le motivazioni per cui i costi del personale vadano esenti da interventi di contenimento – come da parametro di riferimento ex art. 20, comma 1, lett. f), TUSP – anche considerando i livelli retributivi del mercato in cui opera la società, al fine di rendere coerenti le politiche stipendiali aziendali.[\[29\]](#)

Al comma 6 dell’art. 19 TUSP si prevede che le società controllate garantiscano il perseguimento degli obiettivi posti dal socio tramite propri provvedimenti da recepire, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello.

Non risultano altre disposizioni, fuorché quelle riferite ai compensi degli amministratori,[\[30\]](#) che impongano limiti diretti di spesa vincolando la gestione delle società in controllo pubblico; inoltre, per le società solamente partecipate (non controllate) è prevista una sostanziale libertà di azione, atteso che queste non rientrano nel perimetro di applicazione del più volte citato art. 19.[\[31\]](#)

Da ciò emerge una netta cesura tra controllo pubblico e semplice “partecipazione”, circostanza che emerge da gran parte delle disposizioni contenute nel TUSP, così come per quelle in materia di anticiclaggio e di prevenzione della corruzione.

Le criticità sono ancora più evidenti in tema di carenza di vigilanza delle P.A. sui propri organismi in house, atteso il loro assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti, a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 12 del TUSP.[\[32\]](#)

Ancora sul punto è utile sottolineare che il *controllo analogo*, in combinato disposto degli artt. 113 del D.Lgs. n. 267/2000 (TUEL) e 192 del D.Lgs. n. 50/2016 (oggi D.Lgs. n. 36/2023) non rappresenta una tipologia di controllo meramente formale nei confronti della partecipata, quanto piuttosto un controllo “*sostanziale e strutturale*” da parte del socio pubblico, che coinvolge “*la definizione congiunta degli obiettivi gestionali da perseguire, con l’individuazione delle scelte gestionali strategiche da adottare, della quantità e qualità dei servizi da erogare, il tutto in regime di continuo monitoraggio sui risultati raggiunti e sugli equilibri di bilancio da rispettare al fine di non travolgere i vincoli derivanti dal Patto di stabilità interno*”. Tutto ciò si evince anche dall’art. 2, comma 1, lett. c) del TUSP, con cui il Legislatore ha provveduto a qualificare il “controllo analogo” proprio come la “*influenza determinante, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della Società controllata*”[\[33\]](#).

Inoltre, risultano responsabili per attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 cod. civ. e per danno erariale “*i rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque i titolari del potere di decidere per essi*” che hanno omesso di adottare i provvedimenti di cui all’art. 19, o che dopo averli assunti non procedano a vigilare sulla loro attuazione, ovvero che non esercitino le prerogative implicite nel concetto di “controllo analogo”.[\[34\]](#)

Inoltre, anche l’inadeguatezza degli strumenti e delle metodologie di controllo interno, ex artt. 147, e seguenti, del D.Lgs. n. 267/2000, può contribuire ad ulteriori profili di responsabilità.

Il Giudice contabile, sul punto, ha ravvisato che l’assenza di un “*idoneo sistema informativo finalizzato a rilevare i rapporti finanziari tra l’ente proprietario e la società, la situazione contabile, gestionale e organizzativa della società, i contratti di servizio, la qualità dei servizi, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica*” (cfr. art. 147- quater TUEL) può portare a delle irregolarità, a carico degli amministratori responsabili, punite con una sanzione pecuniaria da un minimo di cinque fino a un massimo di venti volte la retribuzione mensile lorda (cfr. art. 148, comma 4, D.Lgs. n. 267/2000).[\[35\]](#)

Inoltre, qualora la Sezione di controllo accerti la non puntuale esecuzione degli obblighi in tema di controllo, può procedere ad una segnalazione per un’ipotesi di responsabilità amministrativa, con conseguente comunicazione della delibera di accertamento alla competente Procura regionale della Corte dei conti (art. 52, D.Lgs. n. 174/2016).[\[36\]](#)

Nelle ipotesi di *controllo analogo*, spesso si assiste alla violazione delle norme sancite dal codice civile in materia di etero-direzione e di coordinamento, ossia il sorgere di responsabilità diretta verso soci e creditori ai sensi dell’art. 2497 Cod. civ., nonché di responsabilità risarcitoria “aggiuntiva” in solido di “*chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi abbia consapevolmente tratto beneficio*” ex art. 2497, comma 2, cod. civ; inoltre, l’abuso di etero-direzione comporta la violazione delle regole di contabilità pubblica, e qualora le condotte producano un depauperamento del patrimonio dell’ente causato dalla lesione patrimoniale, ossia dal danno al patrimonio della società partecipata e dominata, gli amministratori di quest’ultima saranno ritenuti responsabili, solidalmente con quelli dell’ente-*dominus*, per aver partecipato al fatto pregiudizievole.

Occorre interrogarsi, infine, su quali siano gli effetti verso gli Organi di amministrazione e di controllo delle società “controllate”, qualora queste non si adeguino a quanto prescrive il comma 6 del citato art. 19 del TUSP, che impone alle società in controllo pubblico di “*garantire il concreto perseguimento degli obiettivi di cui al comma 5 tramite propri provvedimenti da recepire, ove possibile, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, in sede di contrattazione di secondo livello*”.

Difatti, qualora queste si discostino dagli atti di *control governance* adottati dalle Amministrazioni socie, diviene configurabile la responsabilità amministrativo-contabile degli amministratori e sindaci delle “controllate”, soprattutto qualora si tratti di società *in house providing*.

Sul punto, le Sezioni Unite Civili della Cassazione[\[37\]](#) hanno accertato la responsabilità degli amministratori pubblici sulle società partecipate *in house* quando il socio pubblico aveva colpevolmente esercitato i propri diritti di socio, in modo da pregiudicare il valore della partecipazione.

Particolarmente rischiosa sotto il profilo della responsabilità erariale da parte degli Organi di amministrazione e controllo delle società partecipate, operanti *in house providing*, è la realizzazione di

---

atti liberali o gratuiti, atteso che risulta chiaro che l'atto, estraneo all'oggetto sociale, pur rimanendo valido è suscettibile di impugnazione per mezzo delle azioni civilistiche poste a presidio delle prerogative della società, dei soci e dei creditori sociali (artt. 2393, 2394 e 2395 Cod. civ.). Tali fattispecie può essere realizzata sia dagli Amministratori delle *in house*, che dagli Organi degli Enti Locali soci. Tali condotte, foriere di diminuzioni patrimoniali, sono rilevanti ex art. 12, comma 2 del TUSP, anche in riferimento alla funzione di vigilanza che l'ente pubblico socio istituzionalmente svolge nei confronti delle proprie partecipate (ex art. 147- *quater* del TUEL).

Per la Corte dei conti eventuali atti di liberalità sono ammissibili solamente laddove funzionali al raggiungimento dello scopo sociale e, nel caso delle società in controllo pubblico, qualora previsti negli strumenti di programmazione. Inoltre, i soci devono vigilare sul rispetto di tali "regole di ingaggio", per scongiurare eventuali profili di responsabilità per omessa vigilanza[38].

In pratica, le società a partecipazione pubblica non possono deliberare spese, seppure sussista la copertura in bilancio, qualora non effettivamente necessarie.[39]

In conclusione, può affermarsi come sia necessario che gli amministratori delle società *in house* basino le decisioni di spesa sugli strumenti di programmazione economico-finanziaria, adottati o comunque autorizzati dai soci pubblici in sede assembleare, ovvero contenuti nei provvedimenti di cui all'art. 19, comma 5 del TUSP.

Inoltre, nemmeno il limite dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali dell'amministrazione spoglia il Giudice contabile della possibilità di verificare la compatibilità di tali scelte con i fini pubblici dell'ente, nonché il rispetto dei criteri legali dell'economicità, della congruità e della razionalità dell'azione amministrativa.

Difatti, a prescindere dallo stato di crisi in cui potrebbero versare, il "disequilibrio economico" nella gestione di società partecipate costituisce un presupposto della responsabilità amministrativa.[40]

#### 6. Società partecipate, affidamenti in house e nuovo Codice appalti. Spunti di riflessione.

Un'ultima riflessione attiene alla amministrazione di società pubbliche ed alla possibilità di gestire affidamenti *in house* in luogo del ricorso a procedure ad evidenza pubblica.

Tale sistema, va premesso, attiene ad un modello organizzativo di gestione dei servizi pubblici che le Pubbliche Amministrazioni adottano attraverso loro organismi interni, senza dover ricorrere, in tal modo, necessariamente, al libero mercato.

Attraverso l'affidamento *in house* si assiste, pertanto, ad un fenomeno di *autoproduzione*, attraverso il quale la Pubblica Amministrazione non incarica soggetti terzi (c.d. esternalizzazione), bensì acquisisce un bene o un servizio attingendolo direttamente all'interno della propria compagine organizzativa.[41]

Va considerato che sia l'affidamento *in house* che il ricorso al libero mercato, benché in posizione antitetica, si pongono potenzialmente sulla medesima linea direttrice volta al conseguimento dell'interesse pubblico per l'Amministrazione.

Ed è proprio nella necessità di garantire tale risultato che si coglie la non eccezionalità dell'istituto in esame e la sua riconducibilità ad uno dei moduli organizzativi di cui la Pubblica Amministrazione

---

stessa si avvale per realizzare nel modo più efficace tale interesse, riuscendo ad ottenere una riduzione maggiore dei costi rispetto a quella ottenuta con il ricorso al mercato.[42]

Occorre segnalare, al riguardo, le novità introdotte in materia con il nuovo Codice appalti (D.Lgs. n. 36/2023), il quale disciplina specificamente il modello “*in house*”[43] definendolo (Allegato I.1, art. 3) come l’“affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato definita dall’articolo 2, comma 1, lettera o), del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 e alle condizioni rispettivamente indicate dall’articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE e dall’articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, nonché, per i settori speciali, dall’articolo 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE”, ed illustrandone, nel merito, “il *principio di auto-organizzazione amministrativa*” (art. 7), ovvero un sistema di portata estesa, che comporta massima autonomia dell’ente nello stabilire le modalità attraverso le quali garantire l’esecuzione dei lavori o la prestazione di beni e servizi alla collettività, comprendendovi (anche) tale modalità di affidamento.[44]

Il predetto articolo 7 chiarisce, in particolare, che, qualora si opti per un affidamento *in house*, occorre il pieno rispetto dei principi del risultato, della fiducia e dell’accesso al mercato.[45]

Le prime decisioni amministrative[46] hanno evidenziato come il *principio del risultato*, previsto dall’art. 1 del predetto D.Lgs. n. 36/2023, costituisca “criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale” e sia legato da un nesso inscindibile con la “concorrenza”, la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell’affidare ed eseguire i contratti. L’Amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, “in difesa” dell’interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il miglior risultato possibile, che sia anche il più “virtuoso”, viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali “sintomi” di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento.[47]

L’ulteriore principio-guida *della fiducia*, introdotto dal successivo articolo 2 del citato testo normativo, porta invece a valorizzare l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un’opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi, quindi, di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della P.A., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile.

Tale “fiducia”, tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l’interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata. La disposizione precisa infatti che la fiducia è reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell’azione amministrativa.

Ciò posto, le stazioni appaltanti devono adottare, inoltre, per ogni affidamento, un provvedimento motivato nel quale indicare i vantaggi previsti con l’affidamento *in house* per la collettività, fornendo contezza delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione anche in ordine al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione,

---

celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche;[\[48\]](#) in via generale, viene escluso l'obbligo di dimostrare la situazione di "fallimento del mercato" e di esporre le ragioni che giustificano il ricorso all'istituto, mentre resta la valutazione della congruità economica dell'offerta.[\[49\]](#)

La complessità della motivazione cambia a seconda che i servizi siano offerti all'utenza ovvero alla stessa P.A.;[\[50\]](#) inoltre nell'art. 192 del vecchio Codice era previsto un "Elenco ANAC" delle società *in house*, contenente una indicazione precisa delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*.[\[51\]](#)

In caso di scelta illegittima, il Giudice contabile ha accertato che la omessa valutazione concorsuale di un adeguato numero di potenziali contraenti determina maggiori costi per l'Amministrazione e conseguente danno erariale.[\[52\]](#)

Va rilevato, da ultimo, come la cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune non rientri nell'ambito di applicazione del Codice quando concorrono tutte le seguenti condizioni:

- a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse;
- b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni;
- c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti; d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione.

Recente giurisprudenza amministrativa ha ritenuto come, nel rispetto del principio di concorrenza, le società miste costituite per la scelta del socio privato e per l'affidamento di un servizio pubblico, debbano espletare, in via esclusiva, il servizio per il cui affidamento sono state costituite e, pertanto, non possono partecipare alle gare indette da altre Amministrazioni anche se relative a servizi simili.[\[53\]](#)

Depone, in questo senso, l'art. 17, D.Lgs. n. 175/2016, espressamente richiamato dall'art. 16, D.Lgs. n. 201/2022, in quanto:

- prevede che l'affidamento del contratto di appalto di concessione costituisca "l'*oggetto esclusivo della società mista*" (co. 1);
- disciplina i requisiti di partecipazione alla gara "*in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita*" (co. 2), espressione che palesa una stretta funzionalizzazione tra società e servizio oggetto di affidamento in relazione al quale sono, infatti, parametrize le regole di svolgimento della gara;
- a conferma del fatto che la strumentalità della società mista rispetto al servizio per il quale l'ente è stato costituito debba essere intesa in termini di esclusività dell'oggetto della società stessa, il comma 3 collega indissolubilmente la durata della partecipazione privata alla società alla durata dell'appalto o

---

della concessione prescrivendo, altresì, meccanismi statutari di “*scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio*”.

Secondo tale interpretazione, ove si ammettesse la possibilità delle società miste di partecipare a gare indette da altre Pubbliche Amministrazioni, si verterebbe all'incongruo risultato per cui la legittimazione a tale partecipazione sarebbe, in fatto, condizionata dalla durata del contratto di servizio affidato in sede di costituzione della società; inoltre, l'esecuzione degli appalti affidati all'esito delle gare indette da amministrazioni diverse da quelle socie finirebbe per essere risolutivamente condizionata allo scioglimento del rapporto societario della società mista conseguente alla risoluzione del contratto di servizio il che sarebbe ovviamente inammissibile per i principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa che, ai sensi dell'art. 1, D.Lgs. n. 36/23, sono riferibili anche agli appalti pubblici.

Nella stessa ottica va esaminata:

– la possibilità che i patti parasociali, pur potendo avere durata superiore a cinque anni, in deroga all'articolo 2341-*bis* comma 1 c.c., devono, comunque, essere contenuti “entro i limiti di durata del contratto per la cui esecuzione la società è stata costituita” (comma 4): ciò proprio a confermare il nesso indissolubile tra durata del servizio e durata della partecipazione privata alla società mista;

– il nesso di esclusività esistente tra costituzione della società mista e svolgimento del servizio affidato dagli enti pubblici soci è confermato dal comma 6 allorché disciplina particolari modalità “*per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali [le società] sono state specificamente costituite*”.

---

(\*) Magistrato della Corte dei conti, Vice Capo di Gabinetto della Regione Lazio.

(\*\*) Docente di diritto amministrativo, Avvocato patrocinante in Cassazione. Direttore del Master Universitario in “Anticorruzione e appalti pubblici” presso l'Università degli Studi “Link” di Roma.

[1] Corte dei conti, Sez. Regionale di controllo per le Marche, Deliberazione 115/2022/PAR.

[2] Per completezza, giova rammentare che, ridefinito il ruolo dello Stato nell'economia, con le privatizzazioni degli anni '90 del secolo scorso, e compreso che le partecipate non rappresenta(va)no solo l'*humus* ideale per clientele politiche e aumentato gettito dei bilanci comunali, ma costituivano soprattutto una preziosa occasione per l'apertura e lo sviluppo di nuove prospettive sociali, con la Legge n. 142/1990 si è registrata la vera svolta: lo Stato ha assunto le vesti di regolatore dei processi economici, tramite interventi volti, da un lato, al contenimento della spesa pubblica e, dall'altro, a una maggior efficienza nell'erogazione delle prestazioni dovute ai cittadini, mantenendo come costante punto di riferimento le dinamiche dell'economia di mercato. Successivamente, il D.Lgs. n. 267/2000 (Testo Unico Enti Locali), ha definitivamente sancito “*l'autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa*” di Comuni e Province (forme di gestione agli artt. 112 e 113 TUEL); il c.d. “Decreto Bersani” (D.L. n. 223/2006) ha cercato di prevenire distorsioni della concorrenza e del mercato; la Finanziaria per il 2008 si è ulteriormente prefissata, (senza peraltro riuscirvi), di “*evitare forme di abuso che sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica*”, ragion per cui si è proceduto in seguito alla dismissione di varie società partecipate; infine, con la Legge di Stabilità 2015 sono stati definiti i criteri per la

---

razionalizzazione della gestione delle partecipate, sempre all'insegna di trasparenza ed efficienza.

[3] Con riferimento al percorso da seguire per l'individuazione dei migliori profili professionali da selezionare nella composizione degli organi di amministrazione e di controllo, è appena il caso di precisare che le disposizioni di cui al D.Lgs. n. 33/2013, successivamente modificato dal D.Lgs. n. 97/2016, hanno generato un forte impulso alla costruzione di una P.A. sempre più orientata al rispetto dei principi di pubblicità e di trasparenza, a loro volta espressione dell'art. 97 Cost., che stabilisce legalità, imparzialità e buon andamento alla base dell'azione amministrativa.

[4] «In tema di azione sociale di responsabilità, il giudice deve preliminarmente verificare l'esistenza della deliberazione assembleare che ne approvi l'esercizio, poiché tale deliberazione costituisce un presupposto (suscettibile di regolarizzazione *ex tunc*) che attiene alla legittimazione processuale della parte attrice, la cui assenza, incidendo sulla regolare costituzione del rapporto processuale, può essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del processo, anche in sede di legittimità, salvo il giudicato interno che, però, si forma solo quando la decisione impugnata sia stata adottata dopo che la specifica questione abbia formato oggetto di discussione nel contraddittorio delle parti» (Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2021, n. 12568). «L'azione di responsabilità sociale è esperibile nei confronti dell'amministratore che agisca in consapevole contrasto con le direttive impartitegli dai soci, venendo in rilievo un inadempimento dell'obbligo di diligenza professionale ex art. 2392 c.c. ogni qualvolta le sue condotte, valutate *ex ante*, risultino manifestamente avventate e imprudenti, né assumendo rilievo il principio di insindacabilità degli atti di gestione in presenza di scelte di natura palesemente arbitraria» (Cass. civ., Sez. I, 6 dicembre 2020, n. 28718).

[5] Sez. Regionale Umbria n. 255/1998, Sez. II Centrale n. 134/2000, Sez. Regione Sicilia n. 155/1998, Sez. Regionale Basilicata n. 27/1998 e Sezioni Riunite n. 10/2003; Sez. III Giur. Centrale App., n. 34/2017; Sez. I Giur. Centrale App., n. 353/2018; Sez. III Giur. Centrale App., n. 194/2016; Sez. Giur. Trentino Alto Adige-Bolzano, n. 16/2017; Sez. Giur. Marche, n. 51/2017; Sez. Giur. Veneto, n. 75/2017; Sez. Giur. Molise sentenze nn. 54/2018 e 7/2019.

[6] Cass. civ., SS.UU., 10 marzo 2014, n. 5491, *ivi*, 2014, 3-4, 471, con nota di richiami. *“Ai fini della qualificazione di una società “in house providing” e della giurisdizione della Corte dei conti sull'azione di responsabilità nei confronti degli organi di gestione e di controllo è sufficiente la verifica della sussistenza di un controllo esercitato da un socio pubblico di maggioranza, non essendone necessaria l'estensione in forma congiunta a tutti gli enti pubblici partecipanti al capitale sociale”* (Cass. n. 26738/2021).

[7] La disciplina del T.U. adottato con D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175 ha dato corpo a un vero e proprio “diritto speciale” delle società a partecipazione pubblica, definite come *“le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico”*. Numerose e pregnanti sono, in particolare, le prescrizioni riguardanti le società a controllo pubblico, *“in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo”* secondo l'art. 2359 c.c. ovvero in forza di norme di legge, di statuto o accordi parasociali, e le società in house, su cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano, individualmente o congiuntamente, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

[8] Il Giudice contabile illustra la propria posizione fondandola sulla base di un complesso di norme di diritto amministrativo tese a disporre che le società con presenza di capitale pubblico, indipendentemente dalla forma, pubblica o privata, sia quando sono partecipate e soprattutto quando

sono controllate da Enti pubblici sono rette da una disciplina speciale, come quella sulla prevenzione della corruzione (Legge n. 190/2012), e sulla trasparenza (D.lgs. n. 33/2013), si pensi infine alla disciplina sulla cosiddetta “fibrillazione auto attributiva” dalla Corte dei conti che estende la competenza della Corte stessa, se non in sede giurisdizionale, sicuramente in sede di controllo sugli atti di tutto l’universo delle società partecipate. A tal proposito la norma di riferimento, che si richiama, è la legge n. 161/2014 (legge europea 2013-*bis*) legge europea 2013-*bis* che prevede che « *per valutare i riflessi sui conti delle pubbliche amministrazioni, la Corte dei conti, nell’ambito delle sue funzioni di controllo, può richiedere dati economici e patrimoniali agli enti e agli organismi dalle stesse partecipati a qualsiasi titolo*» attribuendo così il potere alla Corte di chiedere direttamente alle Società partecipate quei dati di bilancio, i dati sulle consulenze o sugli affidamenti esterni che ben possono fondare una responsabilità degli amministratori in caso di *mala gestio* (ovviamente quando queste attività non dovevano essere disposte e ovviamente creano un aggravio per le finanze pubbliche) e che comunque obbligano gli stessi alla trasparenza e al rendere conto alla Corte stessa.

[9] Sul punto, si richiama il Parere 00968/2016 del 21 aprile 2016 con il quale il Consiglio di Stato (Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016) si è espresso sullo schema di decreto recante “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” (poi d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175). In tale occasione il Consiglio di Stato avrebbe voluto che nell’art. 12 fosse menzionato espressamente che il danno subito dagli Enti partecipanti dovesse essere un “danno diretto”, secondo l’indirizzo della Corte di Cassazione. Invece l’avverbio “*direttamente*” non è stato inserito nel testo dell’articolo 12 del decreto legislativo in menzione. Parimenti, in sede di emanazione del decreto legislativo è stata aggiunta l’espressione «*nell’esercizio nei propri diritti di socio*» che, invece, nella versione originaria non compariva. Il Consiglio di Stato si era espresso conformemente alla linea seguita dalla Corte di Cassazione, nell’ambito della pronuncia delle sezioni unite a cui si è accennato prima, sostenendo che occorre distinguere le società partecipate dalle società *in house*. Questo profilo infatti è stato mantenuto: relativamente alle società *in house* non c’è dubbio che la Corte dei Conti sia il giudice naturale, sebbene in questo caso specifico venga in rilievo una forzatura della situazione giuridica, della fattispecie giuridica, dicendo che l’*in house* è un’articolazione interna della pubblica amministrazione. È stato quindi superato quell’orientamento opposto, che pure il Consiglio di Stato menzionava, che sosteneva che anche per l’*in house* dovessero valere le stesse regole delle altre partecipate, considerate universalmente, muovendo tale ipotesi dall’esistenza di un autonomo soggetto giuridico. Preso atto che questa linea è stata superata, le partecipate di cui parla il testo unico sono le partecipate sia in misura maggioritaria che minoritaria, alle quali si applicano le azioni di responsabilità di cui stiamo parlando in proporzione alla quota di partecipazione.

[10] «In tema di azione sociale di responsabilità, il giudice deve preliminarmente verificare l’esistenza della deliberazione assembleare che ne approvi l’esercizio, poiché tale deliberazione costituisce un presupposto (suscettibile di regolarizzazione “*ex tunc*”) che attiene alla legittimazione processuale della parte attrice, la cui assenza, incidendo sulla regolare costituzione del rapporto processuale, può essere rilevata d’ufficio in ogni stato e grado del processo, anche in sede di legittimità, salvo il giudicato interno che, però, si forma solo quando la decisione impugnata sia stata adottata dopo che la specifica questione abbia formato oggetto di discussione nel contraddittorio delle parti» (Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2021, n. 12568). «L’azione di responsabilità sociale è esperibile nei confronti dell’amministratore che agisca in consapevole contrasto con le direttive impartitegli dai soci, venendo in rilievo un inadempimento dell’obbligo di diligenza professionale ex art. 2392 c.c. ogni qualvolta le sue condotte, valutate *ex ante*, risultino manifestamente avventate e imprudenti, né assumendo rilievo il principio di insindacabilità degli atti di gestione in presenza di scelte di natura palesemente arbitraria»

---

(Cass. civ., Sez. I, 6 dicembre 2020, n. 28718).

[11] Cass. civ., Sez. III, 22 giugno 2020, n. 12108. Nella fattispecie scrutinata la Suprema Corte ha confermato la decisione di merito con la quale era stata accertata la responsabilità del direttore generale di una banca che, mediante la stipula di contratti di swap, aveva ristrutturato un'operazione finanziaria, causa di gravi perdite anche per una società controllata, con il risultato di trasferire tali perdite solo sulla banca, mascherandole in bilancio con artifici contabili, senza neppure informare il consiglio di amministrazione del suo operato. In particolare, l'art. 2392 c.c., rubricato "Responsabilità verso la società", al primo comma stabilisce che gli amministratori "devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze": trattasi del dovere di agire informato nello svolgimento del mandato gestorio, da cui discende l'obbligo di fornire adeguata notizia sul generale andamento della gestione. Quanto alla *legitimitatio*, i Giudici di legittimità hanno chiarito che "l'azione prevista dall'art. 2392 c.c., in quanto volta alla reintegrazione del patrimonio societario leso dall'inosservanza degli obblighi incombenti sull'amministratore, può essere esercitata solo dalla società» (Cass. civ., Sez. I, 25 ottobre 2016, n. 21517). M. Franzoni et al., op. cit.: "L'art. 2392 c.c. prevede la responsabilità degli amministratori della società e la considera solidale. L'azione, dunque, non necessariamente deve essere rivolta contro colui che ha commesso l'illecito specifico, ma può essere esperita nei confronti di tutti, salvo determinare su chi debba ricadere in via definitiva il costo del danno nella successiva fase di regresso. Da questa premessa si potrebbe concludere che la responsabilità solidale degli amministratori, proprio per effetto della solidarietà, trasforma il criterio di imputazione in una responsabilità indiretta per fatto altrui; ovvero che il fondamento della responsabilità resta la *mala gestio*, dunque che si tratta di una responsabilità diretta per fatto proprio: commissivo o omissivo"

[12] Cass. civ., Sez. I, 12 febbraio 2013, n. 3409. Conformi, *ex multis*, Cass. civ., Sez. I, 28 aprile 1997, n. 3652; 2 febbraio 2015, n. 1783.

[13] *Ex multis*, Cass. civ., Sez. I, 7 febbraio 2020, n. 2975 (nella fattispecie scrutinata la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che, a fronte della contestazione di poste passive ingiustificate esposte in bilancio, aveva ritenuto dimostrata dagli amministratori convenuti l'insussistenza dell'illecito mediante la produzione di documentazione giustificativa solo genericamente contestata dagli attori). *"Anche in tema di società di persone, la responsabilità dell'amministratore per i danni cagionati alla società amministrata ha natura contrattuale, sicché a fronte di somme fuoriuscite dall'attivo della società, a titolo di utili o compensi erogati, quest'ultima, nell'agire per il risarcimento del danno, può limitarsi ad allegare l'inadempimento, consistente nella distrazione di dette risorse, mentre compete all'amministratore la prova del corretto adempimento e dunque della destinazione del patrimonio all'estinzione di debiti sociali oppure allo svolgimento dell'attività sociale"* (Cass. civ., Sez. I, 12 maggio 2021, n. 12567).

[14] Cass. civ., Sez. I, 31 agosto 2016, n. 17441. *"In tema di azione di responsabilità promossa contro gli amministratori di una società di capitali, ove i comportamenti che si assumono illeciti non siano in sé vietati dalla legge o dallo statuto, l'onere della prova gravante sulla parte attrice non si esaurisce nel dimostrare che l'amministratore abbia posto in essere le condotte produttive del danno, ma anche che in questo modo siano stati violati i suoi doveri di lealtà o di diligenza, spettando poi all'amministratore allegare e provare i fatti idonei ad escludere o ad attenuare la sua responsabilità"* (Cass. civ., Sez. I, 9 novembre 2020, n. 25056. Nella fattispecie scrutinata la Suprema Corte ha cassato con rinvio la decisione impugnata che, in un caso di protratta erogazione di merce a un cliente che continuava a

---

non pagare le forniture, aveva addossato alla società attrice le conseguenze della mancata prova della incapacità del fideiussore reperito dall'amministratore, mentre era quest'ultimo a dover dimostrare che il danno non gli era imputabile, per avere egli procurato la garanzia di un soggetto solvibile).

[15] Una distinzione rilevante sul piano della responsabilità è quella tra amministratori dotati di deleghe (c.d. operativi) e amministratori che ne sono privi (c.d. non operativi): a seguito della riforma delle società di capitali attuata nel 2003 gli amministratori non operativi non sono più sottoposti a un generale obbligo di vigilanza, ma rispondono esclusivamente nell'ipotesi in cui non abbiano impedito fatti pregiudizievoli "in virtù della conoscenza – o della possibilità di conoscenza, per il loro dovere di agire informati ex art. 2381 c.c. – di elementi tali da sollecitare il loro intervento alla stregua della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze". La presenza di amministratori con funzioni delegate non comporta per gli altri amministratori l'esonero integrale da ogni responsabilità per i comportamenti dei primi: a carico degli amministratori non esecutivi esiste "un dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, che non viene meno nella ipotesi di attribuzioni proprie di uno o più amministratori, restando anche in tal caso a carico dei medesimi l'onere della prova di essersi diligentemente attivati per porre rimedio alle illegittimità rilevate".

[16] Referenti normativi, a livello codicistico, sono per le società per azioni l'art. 2394 e per le società a responsabilità limitata l'art. 2476. Anteriormente alle modifiche apportate dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 ("Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155") all'art. 2476 c.c., i Giudici di legittimità ritenevano l'art. 2394 c.c. applicabile, in via analogica, alle società a responsabilità limitata: "In tema di responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata, anche dopo la riforma societaria di cui al d.lgs. n. 6 del 2003, il curatore ai sensi dell'art. 146 l.fall. è legittimato ad esperire l'azione dei creditori sociali, pure in mancanza di un espresso richiamo all'art. 2394 c.c. previsto per le sole società per azioni ma applicabile in via analogica, in quanto accedendo ad una diversa interpretazione si creerebbe una disparità di trattamento ingiustificata tra i creditori della società azionaria e quelli della s.r.l. e tenuto conto che dopo la novella dell'art. 2476 c.c., introdotta dall'art. 378 del d.lgs. n. 14 del 2019, anche nella società a responsabilità limitata è ora espressamente ammessa l'azione dei creditori sociali" (Cass. civ., Sez. I, 20 settembre 2019, n. 23452). "L'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori di società ex art. 2394 c.c., pur quando promossa dal curatore fallimentare a norma dell'art. 146 l.fall., è soggetta a prescrizione quinquennale che decorre dal momento dell'oggettiva percepibilità, da parte dei creditori, dell'insufficienza dell'attivo a soddisfare i debiti (e non anche dall'effettiva conoscenza di tale situazione), che, a sua volta, dipendendo dall'insufficienza della garanzia patrimoniale generica (art. 2740 c.c.), non corrisponde allo stato d'insolvenza di cui all'art. 5 della l.fall., derivante, "in primis", dall'impossibilità di ottenere ulteriore credito" (Cass. civ., Sez. I, 4 dicembre 2015, n. 24715. Nella fattispecie sottoposta al suo vaglio la Suprema Corte ha ritenuto congruamente motivata la decisione di esclusione della decorrenza della prescrizione dalla pubblicazione, in epoca anteriore al fallimento, di un bilancio di esercizio sul rilievo che l'incapacità patrimoniale non era oggettivamente percepibile in quanto verosimilmente occultata)

[17] "L'azione ex art. 146 l.fall. dei creditori sociali verso gli amministratori soggiace al termine prescrizione di cui all'art. 2394 c.c., decorrente dal momento in cui i creditori sono oggettivamente in grado di avere percezione dell'insufficienza del patrimonio sociale, per l'inidoneità dell'attivo – raffrontato alle passività – a soddisfare i loro crediti" (Cass. civ., Sez. VI-1, 23 luglio 2020, n. 15839). Cass. civ., Sez. I, 5 settembre 2018, n. 21662, la quale ha ulteriormente precisato che "spetta al giudice di merito, con un apprezzamento in fatto insindacabile in cassazione, accertare se la relazione

dei sindaci al bilancio che abbia evidenziato l'inadeguatezza della valutazione di alcune voci – a fronte della quale l'assemblea abbia comunque deliberato la distribuzione di utili ai soci, senza rilievi da parte degli organi di controllo –, sia idonea ad integrare di per sé l'elemento della oggettiva percepibilità per i creditori circa la falsità dei risultati attestati dal bilancio sociale”.

[18] Cass. n. 8458/2014, cit. Nella fattispecie sottoposta al suo vaglio la Suprema Corte ha ritenuto sussistente la legittimazione del creditore ad agire ex art. 2395 c.c. nel caso di accertamento che gli amministratori della società fallita, attraverso il sostanziale trasferimento di tutte le attività e passività aziendali in favore di altro soggetto, avessero perseguito l'obiettivo di sottrarre la garanzia patrimoniale con riguardo unicamente all'obbligazione di cui l'attore era titolare.

[19] Sul punto, Cass. civ., Sez. I, 28 aprile 2021, n. 11233.

[20] La responsabilità dell'amministratore nei confronti dei soci e dei terzi non dipendente, sotto il profilo logico, da quella, di natura contrattuale, eventualmente fatta valere verso la società, così come la responsabilità verso la società non presuppone l'accertamento di una responsabilità nei confronti dei soci e dei terzi. Cass. civ., Sez. I, 30 maggio 2008, n. 14558. *«L'inadempimento contrattuale di una società di capitali non implica automatica-mente la responsabilità risarcitoria degli amministratori nei confronti dell'altro contraente ai sensi dell'art. 2395 c.c., atteso che tale responsabilità, di natura extracontrattuale, richiede la prova di una condotta dolosa o colposa degli amministratori medesimi, del danno e del nesso causale tra questa e il danno patito dal terzo contraente, come si evince, fra l'altro, dall'utilizzazione, nel testo della norma, dell'avverbio “direttamente”, il quale esclude che l'inadempimento e la pessima amministrazione del patrimonio sociale siano sufficienti a dare ingresso all'azione di responsabilità»* (Cass. civ., Sez. VI, 12 giugno 2019, n. 15822). *“A fronte dell'inadempimento contrattuale di una società di capitali, la responsabilità risarcitoria degli amministratori nei confronti dell'altro contraente non deriva automatica-mente da tale loro qualità, ma richiede, ai sensi dell'art. 2395 c.c., la prova di una condotta dolosa o colposa degli amministratori medesimi, del danno e del nesso causale tra questa e il danno patito dal terzo contraente. Ne consegue che, nel caso di bilancio contenente indicazioni non veritiere, che si assumano avere causato l'affidamento incolpevole del terzo circa la solidità economico-finanziaria della società e la sua decisione di contrattare con essa, il terzo che agisca per il risarcimento del danno avverso l'amministratore che abbia concorso alla formazione del bilancio asseritamente falso ha l'onere di provare non solo tale falsità, ma anche, con qualsiasi mezzo, il nesso causale tra il dato falso e la propria determinazione di concludere il contratto, da cui sia derivato un danno in ragione dell'inadempimento della società alle proprie obbligazioni»* (Cass. civ., Sez. I, 8 settembre 2015, n. 17794).

[21] Cfr. Cass. civ., Sez. I, 28 maggio 2020, n. 10096.

[22] Cass. civ., Sez. Unite, ordinanza 08.01.2024, n. 567; cfr., inoltre, Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26283; Cass., Sez. Un., 2 dicembre 2013, n. 26936; Cass., Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22409.

[23] Cass. SS.UU., ordinanza n. 26738/2021.

[24] È interessante sul punto quanto espresso dal Consiglio di Stato, con sentenza 9034 del 17.10.2023, che ha affermato la legittimità dell'esclusione disposta da un'amministrazione in una gara a doppio oggetto della propria società controllata, in quanto l'affidamento comporterebbe un aumento del rischio massimo che l'Amministrazione abbia deciso di volersi assumere.

[25] Le tre tipologie indicate, nei Comuni, trovano – o almeno dovrebbero trovare – una sintesi nel Documento Unico di Programmazione (DUP), strumento di programmazione di carattere generale, che rappresenta la guida strategica e operativa dell'Ente locale, in grado di ricondurre a unitarietà le politiche sugli organismi partecipati.

[26] Con la sentenza 27 novembre 2018, n. 11494, la I sezione del T.A.R. Lazio aveva chiarito che i poteri "ispettivi e di accertamento" che l'ANAC è chiamata a svolgere, in base all'art. 16, co. 1, D.Lgs. n. 39/2013 sono limitati, soggettivamente, alle amministrazioni pubbliche in senso lato richiamate dalla norma e, oggettivamente, al conferimento di un "incarico pubblico", così come ha chiarito che l'art. 21 d.lgs. n. 39/13 si limita solo ad estendere ad altre categorie di personale "pubblico" — non strettamente "dipendente" — il divieto in questione, senza però ampliare i poteri dell'ANAC. Il Tribunale amministrativo ha considerato che « ... il regime del "pantouflage" è soggetto a un regime di applicazione diretta che non coinvolge l'ANAC ma si rivolge all'attuazione di strumenti generali, quali il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA), che infatti prende in considerazione ipotesi di inserimento di apposite clausole negli atti di assunzione di personale "pubblico....La violazione delle suddette clausole o della dichiarazione ai sensi del DGUE comportano la "nullità" del contratto con il singolo dipendente — da far valere nelle opportune sedi — o l'interdittiva a contrarre per le imprese inadempienti, senza che per questo necessiti l'individuazione di un soggetto competente al compimento degli atti derivanti dall'accertamento della violazione del comma 16 ter cit., come invece invocato dall'ANAC. In tal senso il meccanismo di attuazione dell'art. 53, comma 16 ter, cit. è .... — un meccanismo "diffuso", in cui l'ANAC è coinvolta, "ex ante", con pareri facoltativi di sostegno e indirizzo all'attività della p.a. (art. 1, comma 2, lett. e), l. n. 190/12) e, "ex post", con attività di ispezione e vigilanza nei confronti delle sole p.a. sul rispetto della norma, nei sensi di cui al PNA o al DGUE. Non sussiste, dunque, alcun potere — legislativamente individuato — dell'ANAC per intervenire direttamente ex art. 21 cit. nei confronti di uno o più soggetti "privati" .... come accaduto invece nel caso di specie». La sentenza è stata riformata in appello dal Consiglio di Stato, sez. V, n. 7411 del 29 ottobre 2019 invocando la teoria dei poteri impliciti.

[27] Risulta pertanto ammissibile un incremento dei costi di funzionamento che sotto il profilo aziendale ricomprendono in pratica tutte le voci del conto economico, ivi comprese, per espressa previsione del comma 5 dell'art. 19 del TUSP, quelle relative al personale. I. Cavallini, E. Rivola, M. Orsetti — *Responsabilità degli amministratori di società in house per spese non autorizzate in Azienditalia*, n. 8-9, 1 agosto 2021, p. 1444.

[28] Il tenore dell'art. 19 citato, peraltro, è chiaro e prevede espressamente di tener conto, nell'atto di indirizzo, del settore in cui le società operano e del complesso dei costi di funzionamento, non solo di quelli del personale: *“In altri termini, la necessità di aumentare l'attività prodotta, in favore degli enti pubblici o di terzi, con contestuale aumento del fatturato e dei servizi prodotti, il conseguimento di economie di scale e l'efficientamento del servizio, giustificano un' interpretazione della norma che consenta maggiore elasticità nelle politiche concernenti la gestione del personale e del contenimento della spesa”*. Cfr., *ex multis*, la Sezione regionale della Liguria, Deliberazione 8/9/2017 n. 80.

[29] Relazione n. 19/SSRRCO/2020.

[30] *Amplius*, A. ALTIERI, S. POZIO, *“I compensi spettanti agli amministratori delle società partecipate: quadro regolatorio, ambito applicativo e profili di responsabilità erariale”*, Articolo pubblicato sulla Rivista Giuridica di diritto pubblico [www.giuristidiamministrazione.com](http://www.giuristidiamministrazione.com) il 23.03.2023.

[31] La questione è stata espressamente affrontata da Corte dei conti, Sez. Contr. Basilicata, Deliberazione n. 10/2018; nel caso di specie, il Giudice contabile ha evidenziato gli aspetti fondamentali della questione:

- i principi generali della materia, contenuti all'art. 4, comma 4, D.L. n. 95/2012, improntati, come noto, a una ineludibile riduzione delle spese;
- l'attesa del nuovo decreto fasce, attuativo dell'art. 11, comma 6 TUSP, che uniformerà la disciplina;
- le pronunce contabili che già si sono espresse sulla questione (Corte dei conti, SRC Lombardia n. 88/2015/PAR; SRC Emilia – Romagna n. 19/2015/PAR; SRC Abruzzo n. 80/2016/PAR), tutte in senso negativo, ossia, contrario all'aumento del compenso, anche di fronte a un mutato quadro organizzativo della società.

Fatte queste debite premesse, la pronuncia in esame afferma conclusivamente che: *“Considerato, pertanto, che il diritto al compenso dell'organo amministrativo risulta un diritto geneticamente limitato, non si pone nemmeno un problema di bilanciamento tra principi o interessi costituzionali, in quanto il rapporto che lega la società al suo amministratore va ricondotto nell'ambito di un rapporto di tipo societario, che non è assimilabile né ad un contratto d'opera, né tanto meno ad un rapporto di tipo subordinato o parasubordinato (...)”*.

[32] Il citato art. 12 riproduce il meccanismo civilistico in chiave erariale, laddove offre il dato definitorio per cui *danno erariale* è “ il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”; e riconosce *expressis verbis* la giurisdizione per tale danno sugli organi controllanti, nonché in solido sui controllati: in assenza infatti di questi ultimi, i primi sarebbero impossibilitati nello svolgimento dei poteri *de facto*.

**In tema di contratti pubblici, si veda F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*,**

---

## **Dike giuridica, 2022; M. Giustiniani, *Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici 2023 Prima e Dopo la Riforma*, Dike giuridica, 2023.**

[33] La prassi vede di frequente le società controllate operare in assenza o, comunque, in forma non aderente agli obiettivi sui costi di funzionamento stabiliti a norma dell'art. 19 del TUSP o nei documenti di programmazione approvati dall'Assemblea e quindi dai soci pubblici. Le condotte difformi rispetto ai provvedimenti delle PP.AA. socie, oppure in contrasto con gli strumenti di programmazione approvati dall'Assemblea sono idonee a determinare l'insorgere di responsabilità rilevanti, di tipo civile e di tipo amministrativo-contabile, a carico degli Organi amministrativi delle *in house*.

[34] La magistratura contabile ha chiarito che le condotte omissive di Sindaci, Segretari comunali, Responsabili "*Finanziari*", Responsabili di servizi nonché dei membri del Collegio dei Revisori dei conti d i Enti Locali denotano disinteresse alla corretta gestione della cosa pubblica, determinando il verificarsi di danno erariale.

Si tratta, in generale, di un danno riconducibile al mancato esercizio del "*controllo analogo*" sulle Società "*in house*" da parte dei soci pubblici unico, a piena conferma del fatto che la gestione superficiale dei rapporti tra Ente Locale e Organismi partecipati può divenire fonte di considerevole responsabilità erariale. Cfr., *ex multis*, Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio, Sentenza n. 4 del 10 gennaio 2017.

[35] Cfr. Deliberazione 2 luglio 2018, n. 199 della Sez. regionale di controllo per la Lombardia.

[36] Tra le circostanze riconducibili a carenze nel sistema comunale di controllo sugli organismi partecipati, che possono determinare conseguenze in termini di responsabilità, rileva inoltre "l'attività di dominio", la quale è idonea a generare una forma diretta di responsabilità verso soci e creditori qualora abusiva, ovvero se il *dominus*-ente pubblico la svolge nell' interesse imprenditoriale proprio o altrui – e non nell' interesse del dominato – e allorquando risulti antitetica ai criteri di corretta gestione imprenditoriale e societaria. Cfr. Cass., SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406.

[37] Sentenza n. 4132 del 12 febbraio 2019

[38] Sezione regionale di controllo per la Lombardia, Deliberazione n. 223/2018/PAR.

[39] Nella fattispecie esaminata dalla Corte dei conti – Sezione giurisdizionale per il Lazio, Sentenza n. 135/2016 – l'assunzione di personale, per essere riconosciuta legittima, deve essere dettata da un reale fabbisogno reso manifesto negli atti che approvano la dotazione organica (di competenza dell'Assemblea, degli uffici degli enti pubblici soci o dell'Organo amministrativo delle società a seconda della natura dell'organismo e del suo modello di *governance*), cioè da una necessità che giustifica la scelta discrezionale dell'ente, suscettibile di valutazione da parte del giudice contabile in termini di ragionevolezza e di congruità.

[40] Corte dei conti, Sezione prima giurisdizionale centrale di appello, n. 409/2018.

---

[41] A. ALTIERI, “*Gli affidamenti in house*”, in “*Manuale di diritto amministrativo*”, Milano, Giuffrè, 2012, di A. ALTIERI, M. MIRABELLA, P.M. ZERMAN.

[42] Tuttavia, se le regole dell’evidenza pubblica, che consentono l’accesso al libero mercato, hanno come obiettivo primario quello di assicurare la tutela della libera concorrenza, garantendo al contempo la qualità delle prestazioni e dei servizi forniti, scegliendo il miglior contraente tra i vari operatori economici, pare evidente come nell’affidamento diretto ad una società *in house* si assista, seppur a determinate condizioni, ad un allontanamento dal modello concorrenziale.

Pertanto, onde evitare una distorsione delle regole di concorrenza e un’alterazione del libero mercato, il legislatore ha previsto per l’*in house* requisiti strutturali e funzionali rigorosi e stringenti, in misura anche maggiore rispetto a quelli individuati dal diritto eurocomunitario.

[43] L’affidamento *in house* implica una situazione molto particolare: una stretta relazione tra chi affida e chi riceve l’affidamento. Questo legame dovrebbe permettere un affidamento diretto lecito dell’appalto o del servizio. La legittimità eventualmente esistente, cioè la possibilità che la pubblica amministrazione non organizzi una gara ad evidenza pubblica, è dovuta dal fatto che nella sostanza la Pubblica Amministrazione affida a sé stessa il servizio e non ad un terzo, atteso il legame così stretto con l’affidatario, tanto da considerarlo un tutt’uno con essa.

[44] Il comma 1 segna il perimetro di applicazione del principio di auto-organizzazione e fa riferimento anche ai beni, non solo ai servizi, superando in questo modo un dubbio interpretativo suscitato dalla limitazione contenuta nell’art. 192 dell’abrogato D.Lgs. n. 50/2016. Secondo il nuovo testo normativo, le Pubbliche Amministrazioni organizzano autonomamente, nel rispetto della disciplina del Codice e del diritto dell’Unione Europea, l’esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso: l’autoproduzione; l’esternalizzazione; la cooperazione. La Corte di giustizia ha avuto modo spesso di ribadire che il diritto UE non impone il mercato, ma il semplice rispetto della libera concorrenza se si sceglie di rivolgersi al mercato. Se un risultato può essere raggiunto prima e meglio attraverso l’autoproduzione, la pubblica amministrazione può farlo (e in alcuni casi deve farlo) poiché l’obiettivo è quello di curare gli interessi della collettività.

[45] Sintomatica appare, al riguardo, la decisione del T.A.R. Basilicata, Sez. I, affidata alla sentenza n. 738/2023, secondo cui “*Il divieto di affidamento e/o aggiudicazione di un appalto al contraente uscente, che ha già eseguito lo stesso appalto con la medesima stazione appaltante, per due volte consecutive, statuito dal predetto comma 2 dell’art. 49 D.Lgs. n. n. 36/2023, si applica anche alle società in house o alle società, che hanno perduto i requisiti di società in house*”.

[46] T.A.R. Sicilia, Sez. Staccata Catania, sent. n. 3738/2023.

[47] T.A.R. Campania – Napoli, Sez. I, sent. n. 377/2024.

[48] Meritevole di interesse, pare, in tale contesto, il principio in materia di “*buon senso*” dell’azione amministrativa recentemente offerto dal Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza 27 dicembre 2023 n. 11182.

[49] Per dimostrare i vantaggi economici si può procedere anche ad un **confronto con gli standard** di riferimento della società Consip S.p.a. e di altre centrali di committenza con parametri ufficiali elaborati

---

da enti regionali nazionali/esteri oppure con gli standard offerti dal mercato. Si nota, quindi, una semplificazione della motivazione rispetto all'art. 192 co. 2, D.Lgs. n. 50/2016, una motivazione molto più legata ad una questione economica e sociale (le ricadute positive sul piano sociale rientrano tra le esternalità da valutare ai fini della scelta del modello gestionale) che a ragioni giuridico-formali.

[50] Il Codice appalti prevede due livelli di complessità della motivazione, a seconda dell'oggetto del contratto: per i servizi all'utenza bisogna dar conto ed evidenziare i vantaggi per la collettività da un punto di vista qualitativo, dell'universalità del servizio, di risparmio di tempo e del razionale impiego delle risorse; per i servizi strumentali alla pubblica amministrazione è sufficiente dare una motivazione più snella con riferimento alla riduzione di tempi e costi sulla base di parametri predeterminati e oggettivi di raffronto. Ai fini della legittimità dell'affidamento in house occorre fornire una motivazione incentrata soprattutto su ragioni di convenienza economica, anche con riferimento a parametri oggettivi e predeterminati di rapporto qualità/prezzo. Più nello specifico, si è fatto riferimento agli *standard* della società Consip S.p.a. (società per azioni partecipata al 100% dal Ministero dell'Economia e delle Finanze).

[51] Il collegamento tra vecchio e nuovo Codice è stato sottolineato anche dalla deliberazione della Corte dei conti Veneto n. 145/2023. In un passaggio si sottolinea come, all'onere di motivare il mancato ricorso al mercato, corrisponda l'obbligo informativo di cui all'art. 23, D.lgs. n. 36/2023. Il comma 5 dell'art. 23, infatti, prevede che ANAC individui le informazioni che le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere alla banca dati nazionale dei contratti pubblici, inclusi gli affidamenti diretti a società in house. Il comma 3 dell'art. 7, D.lgs. n. 36/2023 indica che l'affidamento *in house* di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal D.Lgs. n. 201/2022, il decreto di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Nello specifico si fa riferimento agli articoli 14 e 17, D.lgs. n. 201/2022. L'art. 14 definisce le forme perseguibili di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, tra le quali è previsto l'affidamento *in house providing*; l'art. 17 è interamente dedicato al modello *in house providing*; entrambi gli articoli dimostrano la superiorità (per risultati attesi e aspetto economico) del ricorso all'*in house*.

Prendendo in considerazione l'art. 14 comma 1, D.lgs. n. 36/2023 secondo cui si può ricorrere all'affidamento in house "nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea", si può dedurre che è comunque garantita la continuità con le condizioni del vecchio Codice. I riferimenti normativi per la definizione dell'*in house* possono riscontrarsi:

- nella direttiva 2014/23/UE (art. 17, riferito all'aggiudicazione dei contratti di concessione);
- nella direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici;
- nell'art. 28 della direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

[52] Corte dei conti, Sez. Giur.le Toscana, sent. n. 91/2016. Sulla specifica questione, la giurisprudenza della Corte dei conti ha "*da sempre, costantemente, ravvisato l'esistenza di un pregiudizio per le pubbliche finanze in fattispecie di illegittimo ricorso, da parte di un ente pubblico al sistema della trattativa privata per l'affidamento di appalti pubblici*" (Corte dei conti, Sez. I Centr., 21 maggio 2014, n. 700). In tali casi la violazione delle regole della concorrenza determina (oltre alla

---

lesione degli interessati a partecipare alla gara) una perdita della possibilità per l'Amministrazione di scegliere tra le migliori offerte, con conseguente dispendio di risorse pubbliche (*ex multis*, Sez. giurisd.le Regione Abruzzo 20 gennaio 2011, n. 23, Sez. giurisd.le Regione Trentino Alto Adige, 25 settembre 2009, n. 49 e Sez. giurisd.le Regione Veneto, 20 gennaio 2011, n. 23).

[\[53\]](#) T.A.R. Lazio, Sez. II-*bis*, sentenza n. 17846/2023.

**Data di creazione**

2024/03/29