

## **I servizi pubblici locali, novità in tema di affidamento diretto; la responsabilità degli amministratori delle società *in house*.**

**Dott. Francesco Luigi Ariemma**

*Specializzando presso la Scuola di Specializzazione  
per le professioni legali dell'Università di Roma Tor Vergata*

### **1. L'affidamento *in house* alla luce della sentenza della Corte Costituzionale del 23 luglio del 2013.**

L'erogazione di servizi pubblici locali di rilevanza economica può avvenire, ai sensi dell'art. 113 comma 5 del Decreto Legislativo n. 267/2000 (Testo Unico degli Enti locali), anche mediante il conferimento della titolarità del servizio "a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> L'art. 113 TUEL era stato abrogato per effetto dell'art. 23- *bis* del d.l. n. 112/2008 e dell'art. 12 del successivo regolamento di attuazione di cui al d.P.R. n. 168/2010 sostituito dall'art. 4 comma 13, del d.l. n. 138/2011 (convertito dalla legge n. 148/2011), che aveva ammesso l'affidamento diretto come opzione eccezionalmente praticabile nei soli casi in cui il valore del servizio oggetto dell'affidamento fosse pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 € annui. Tale scenario è stato successivamente modificato dalla sentenza n. 199 del 20 luglio 2012 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, sia nel testo originario che in quello risultante dalle successive modificazioni.

Ciò posto, la tematica dell'affidamento diretto di servizi da parte di enti pubblici, soprattutto locali, è stata negli ultimi anni al centro dell'attenzione legislativa, dottrinale, giurisprudenziale e, perfino, referendaria. Dopo il referendum del 12 e 13 giugno 2011 che ha abrogato l'art. 23-bis del Decreto Legge n. 135/2009, nella parte in cui questo prevedeva il ricorso all'*in house* come modalità derogatoria rispetto alla gara con procedura di evidenza pubblica e riservava almeno il 40% delle società miste gestori di servizi pubblici locali ai privati, il legislatore è intervenuto a più riprese, da ultimo con il Decreto Legge "spending review" n. 95 del 2012, modificato dal d.l. n. 69 del 2013 (c.d. "Decreto del Fare") e convertito in Legge n. 98/2013.

Al fine di comprendere l'*iter* logico-argomentativo seguito dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 27 luglio del 2013, n. 229, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4 del d.l. n.92/2012 nella parte in cui si applica anche alle Regioni a statuto ordinario, giova, in prima battuta, collocare la figura dell' *in house proving* nell'ambito delle modalità con le quali un Ente pubblico può affidare servizi: ci troviamo evidentemente in presenza di una soluzione antitetica rispetto alla esternalizzazione<sup>2</sup>. In altri termini, l'amministrazione, in luogo di stipulare con terzi un contratto, di appalto o concessione, può, a certe condizioni, autorganizzarsi e creare una società al fine di ottenere i servizi di cui essa ha bisogno, senza dover seguire la procedura di evidenza pubblica. La definizione figura in questione, non trovando una definizione e una disciplina puntuale nelle normative sia comunitarie che interne, può essere quindi ricavata, in negativo, attraverso la perimetrazione delle due diverse figure dell'appalto di pubblici servizi e della concessione di servizi pubblici: diversamente che in quest'ultime due, nell'

---

2 F. G. Scoca, (a cura di), *Diritto amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 561 ss.  
Via Orazio Raimondo, 18 - 00173 Roma  
P.Iva 02133971008 - C.F. 80213750583

*in house* non si riscontra un'alterità del soggetto che prende in carico il servizio rispetto al soggetto appaltante o concedente<sup>3</sup>.

Ed è proprio questa mancanza di qualsiasi relazione intersoggettiva ad consentire l'eliminazione dell'obbligo di una gara per l'affidamento del servizio, comportando, in concorso con gli altri criteri (controllo analogo e dedizione prevalente dell'ente *in house* ai bisogni dell'ente pubblico), il configurarsi di un "affidamento *in house*". Tanto è stato affermato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (d'ora in avanti CGE) in una nota sentenza del 1999 (sentenza "Teckal" del 18 novembre 1999, causa C-107/98), con la quale i giudici europei affermano che il rispetto delle procedure di gara pubblica non è imposto allorché l'affidamento diretto sia disposto in favore di un soggetto sottoposto al controllo strutturale dell'ente titolare del servizio, e a condizione che il soggetto affidatario diretto svolga la parte prevalente della propria attività in favore dell'ente locale affidante.

Siamo in presenza, quindi, di una modalità di affidamento di servizi pubblici alternativa alla gara.

Peraltro, la CGE ha successivamente chiarito che, affinché vi sia controllo strutturale, è necessaria una partecipazione pubblica totalitaria nel capitale sociale (non basterebbe il possesso da parte dell'Ente pubblico del 99% delle azioni per qualificare la società come *in house* e, quindi, affidarle servizi senza gara)<sup>4</sup>. Quanto, invece, al secondo requisito elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, ossia la dedizione prevalente dell'ente *in house* ai bisogni dell'ente pubblico, è stato puntualizzato in dottrina come la porzione di attività eventualmente svolta

---

3 F. Caringella, Manuale di diritto amministrativo, VI edizione, Roma, 2012, p. 619.

4 Corte di Giustizia, sentenza del 13 ottobre 2005, nella causa C-458/03 (Parking Brixen GmbH). Ciò non toglie, tuttavia, che a partecipare nel capitale della società possano essere una pluralità di soci pubblici (CGE, sent. 324/07, caso Coditel Brabant).

dalla società, non nei confronti o per conto dell'ente, debba avere un carattere di assoluta marginalità.

Ad ogni buon conto, i due requisiti del controllo analogo e l'attività svolta prevalentemente in favore dell'Ente debbono permanere nel tempo, affinché alla società si possa continuare ad affidare servizi senza gara<sup>5</sup>.

Nell'ambito del quadro normativo *de quo*, è intervenuto il Decreto Legge "spending review" convertito in L. n. 135 del 2012, all'articolo 4 co.1, che obbliga tutte le amministrazioni di cui all'art. 1 co.2 del Testo unico del pubblico impiego (D.lgs. n. 165/2001) a sciogliere o alienare le società da esse controllate direttamente o indirettamente, che nel 2011 abbiano conseguito un fatturato da prestazione a favore dell'amministrazione superiore al 90% dell'intero fatturato. La disposizione citata del d.l. "spending review" è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale per accertarne la compatibilità costituzionale con l'art. 75 Cost., alla luce del risultato referendario del 2011 il quale, abrogando l'art. 23-bis del d.l. n. 122/2008, aveva fatto rivivere la disciplina previgente nella quale l'*in house* costituiva modalità alternativa di affidamento di servizi pubblici locali, e non derogatoria, rispetto all'appalto, e con l'art. 117 Cost.

In particolare, quanto alla prima censura di incostituzionalità, si è posto dinanzi al giudice delle leggi il problema di stabilire se l'art. 4 del d.l. n. 95/2012 si applicasse anche alle società locali gestori di servizi pubblici, cioè a quelle società a cui il referendum del 2011 dava la possibilità di continuare a gestire quella tipologia di servizi (in specie il servizio idrico, ma non solo). Peraltro, a seguito dell'esito referendario e prima dell'emanazione del decreto in questione, gli stessi giudici costituzionali avevano precisato che la disciplina dell'affidamento diretto che ne risultava, era, non già quella prevista ex art. 113 co. 5 TUEL, bensì

---

<sup>5</sup> Lo statuto della società in house non deve consentire, ad esempio, che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (così anche Corte Giust. sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07 *Sea Srl contro Comune di Ponta Nossa*)

quella vigente in sede comunitaria (la quale, come si è visto, considera l'*in house* come modalità alternativa e non derogatoria rispetto alla gara di appalto).

Dunque, dopo referendum del 2011, in presenza di un "controllo analogo" e di attività svolte prevalentemente per l'ente, una società costituita e partecipata interamente dall'Ente pubblico può ricevere affidamenti diretti dall'amministrazione<sup>6</sup>. Secondo un'impostazione, quindi, il d.l. "*spending*" riducendo gli spazi dell'affidamento diretto, violerebbe l'esito referendario ex art. 75 Cost.

La Corte Costituzionale non ha condiviso questa tesi sottolineando che l'art. 4 del decreto legge in questione, al comma 3, dichiara che le disposizioni del comma 1 (quelle, cioè, che obbligano le amministrazioni a sciogliere o privatizzare le società pubbliche) "non si applicano alle società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica", nell'ambito delle quali rientrano quelle oggetto di referendum. Di conseguenza, i giudici costituzionali opinano nel senso che "le censure muovono, perciò, da un presupposto interpretativo erroneo, che è quello dell'applicabilità delle norme qui in esame in riferimento ai servizi pubblici locali. Tale presupposto non solo è contraddetto espressamente dal citato comma 3, ma viene anche smentito da una lettura sistematica delle disposizioni dell'art. 4, le quali più volte fanno riferimento a società controllate che svolgono servizi in favore delle pubbliche amministrazioni (già nel comma 1), che sono "strumentali" all'attività delle medesime (ad esempio, al comma 7)"<sup>7</sup>.

Quanto alla compatibilità costituzionale del d.l. "*spending review*" con il riparto di competenze Stato-Regioni ex art. 117 co.4 Cost., la Corte ha accolto il ricorso, dichiarando l'incostituzionalità del art. 4 nella parte in cui questo si applica anche alle Regioni a statuto ordinario. L'*iter* logico-argomentativo seguito dalla Corte

---

6 A ciò si aggiunge che, come ormai la giurisprudenza ha a più riprese chiarito, nello Statuto della società deve essere indicato il divieto per l'Ente pubblico di vendere le proprie quote.

7 <https://www.cortecostituzionale.it>, sentenza n. 229 del 23 luglio 2013.

muove dalla constatazione che la disciplina introdotta dal Decreto legge in esame “condizionando la scelta delle Regioni in ordine alla forma giuridica da adottare per organizzare ed erogare i propri servizi, in specie con l’imposizione dello scioglimento o della privatizzazione delle società *in house*, nonché, comunque, con la previsione di una drastica riduzione delle ipotesi di ricorso all’affidamento *in house*, determinerebbe la violazione della competenza legislativa regionale residuale in materia di organizzazione amministrativa regionale e degli enti pubblici regionali, nonché delle competenze legislative primarie in materia di “ordinamento degli uffici e degli enti dipendenti dalla Regione”.

A ciò si aggiunge che i giudici costituzionali sembrano mostrare perplessità sulla *ratio* stessa della disciplina restrittiva introdotta dal legislatore del 2012: da un lato, infatti, si sottolinea che l’intento legislativo sembra essere quello di eliminare i privilegi di cui potrebbero godere le società strumentali della PA rispetto agli altri concorrenti sul mercato, dall’altro lo stesso legislatore obbliga le amministrazioni a sciogliere *tout court* le società che abbiano avuto nel 2011 un fatturato superiore al 90% da prestazioni proprio a favore della PA, non già derivanti da operazioni sul mercato.

La Corte costituzionale rileva che, sia il divieto per le predette società strumentali di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, in affidamento diretto o con gara, e di partecipare ad altre società o enti (art. 13 del d.l. n. 223 del 2006), sia il divieto per le pubbliche amministrazioni di costituire società aventi per oggetto la produzione di beni e servizi, non strettamente necessari al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, e di assumere e mantenere le partecipazioni in tali società (art. 3, comma 27, della legge n. 244 del 2007), «mirano, da un canto, a rafforzare la distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione) ed attività di impresa di enti pubblici, dall’altro, ad evitare che

quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione» (sentenza n. 148 del 2009). Ebbene, sottolinea la Corte, "la disciplina dettata dai commi 1 e 2 dell'art. 4 del d.l. n. 95 del 2012, lungi dal perseguire l'obiettivo di garantire che le società pubbliche che svolgono servizi strumentali per le pubbliche amministrazioni concentrino il proprio operato esclusivamente nell'attività amministrativa svolta in forma privatistica per le predette amministrazioni pubbliche e non operino sul mercato beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione, colpisce proprio le società pubbliche che hanno realizzato tale obiettivo".

Imponendo, infatti, a tutte le amministrazioni, quindi anche a quelle regionali, di sciogliere o privatizzare proprio le società pubbliche strumentali che, nell'anno 2011, abbiano conseguito più del 90 per cento del proprio fatturato da prestazioni di servizi alla pubblica amministrazione controllante (art. 4 co.1 DI 95/2012) e, sanzionandole, in caso di mancato adeguamento agli obblighi di scioglimento o privatizzazione, con il divieto del rinnovo di affidamenti in essere e di nuovi affidamenti diretti in favore delle predette società (art. 4 comma 2, cui si congiunge il comma 8), "è sottratta alle medesime amministrazioni, di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, la scelta in ordine alle modalità organizzative di svolgimento delle attività di produzione di beni o servizi strumentali alle proprie finalità istituzionali, in quanto si esclude la possibilità che, pur ricorrendo le condizioni prescritte dall'ordinamento dell'Unione europea, le medesime amministrazioni continuino ad avvalersi di società in house".

In conclusione, la criticità più evidente dell'intera disciplina appare risiedere nella stessa *ratio* legislativa sottesa al d.l. "*spending review*": la scelta politica di restringere il campo dell'affidamento diretto alla disciplina, meno stringente, delineata dalla giurisprudenza comunitaria (controllo analogo e attività prevalente

a favore dell'Ente pubblico) mostra il fianco a non poche critiche. Se è, infatti, certo che il legislatore può una disciplina siffatta (la stessa Corte di Giustizia Europea ha sottolineato a più riprese che gli Stati possono adottare sul punto una normativa più stringente), appare, tuttavia, altrettanto certo che si tratta di una normativa eccessivamente rigorosa soprattutto nella parte in cui si prevedeva un termine molto breve (31 luglio 2013), poi prorogato dal D.L. n. 69/2013, per l'alienazione o lo scioglimento delle società pubbliche<sup>8</sup>. Appare significativo, in ultima battuta, il fatto che, non solo questo termine è stato successivamente prorogato, ma che in ogni caso questo non è stato rispettato dalle amministrazioni, evidenziando così la bontà delle considerazioni suseposte.

## **2. Le Sezioni Unite di Cassazione, con sentenza del 25 novembre 2013 giungono a negare l'esistenza stessa delle società *in house*.**

Tutto ciò chiarito in merito alla disciplina dell' "*in house providing*" alla luce della sentenza n. 229/2013 della Corte costituzionale, l'istituto in esame è stato, di recente, oggetto di rinnovata attenzione sotto un diverso profilo: quello della responsabilità degli amministratori di queste società.

Con la pronuncia n. 26283 del 25 novembre 2013, infatti, le Sezioni Unite di Cassazione hanno esaminato la questione della giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di soggetti che abbiano svolto funzioni amministrative o di controllo in società di capitali (nella specie una società per azioni) costituite e partecipate da enti pubblici, quando a quei soggetti vengano imputati atti contrari ai loro doveri d'ufficio con conseguenti danni per la società.

---

<sup>8</sup> Termine prorogato al 31 dicembre 2013 dal Decreto del Fare (D.L. n. 69/2013) ma ad oggi non rispettato.

Invero, con riferimento alle società pubbliche in generale<sup>9</sup> la Cassazione<sup>10</sup> aveva già statuito sulla natura giuridica della responsabilità degli amministratori, affermando che questi avrebbero potuto rispondere, alternativamente, di responsabilità ex art. 2392 ss. c.c., nel caso in cui con la loro condotta avessero provocato un danno alla società o una diminuzione del valore della quota pubblica<sup>11</sup>, o di responsabilità amministrativa, sub specie di danno erariale, nel caso in cui l'amministratore avesse leso direttamente il patrimonio della Pubblica amministrazione (e non della società) nelle sue tre prospettazioni: del patrimonio, dell'immagine o della sua funzione amministrativa<sup>12</sup>. Nel primo caso, la Cassazione sostiene che la giurisdizione spetti al giudice ordinario, mentre nel secondo caso al giudice contabile<sup>13</sup>. I giudici di legittimità sembrano, pertanto, affermare, ai fini della giurisdizione, la generale prevalenza della forma societaria sulla sostanza pubblicistica delle società pubbliche.

Contrariamente, le Sezioni Unite di Cassazione, con sentenza n. 26283 del 25 novembre del 2013, statuendo circa la natura giuridica della responsabilità degli

---

9 Tra le società pubbliche locali rientrano *in primis* le società miste a maggioranza pubblica. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che, al fine di poter considerare una società locale mista come pubblica, è necessario che essa sia sottoposta ad una disciplina che comporti una compressione dell'autonomia statutaria maggiore rispetto alle società normali e soprattutto una disciplina che riconosca a soggetti pubblici non soci dei poteri autoritativi, di cui quei soggetti sono titolari non in quanto soci ma in quanto autorità pubbliche, in grado di orientare la società. Sono considerate società pubbliche ai fini dell'applicazione della procedura di evidenza pubblica anche gli organismi di diritto pubblico e le imprese pubbliche. Quest'ultima si differenzia dal primo perché possiede personalità giuridica ed è soggetta ad un'influenza pubblica dominante ma, rispetto all'organismo di diritto pubblico, non possiede il requisito teleologico della preposizione al soddisfacimento di bisogni generali a carattere non commerciale e non industriale.

10 Cass, S.U., sent. n. 10299 del 3 maggio 2013, Presidente Preden, <https://www.diritto.it>

11 Il fatto che le società costituite da enti pubblici non cessano sol per questo di essere società di diritto privato è confermato dall'art. 2449 c.c. (nella cui relazione accompagnatoria è detto infatti espressamente che "è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici").

12 La lesione diretta del patrimonio della Pubblica amministrazione può verificarsi nel caso in cui ci siano i presupposti per l'azione sociale di responsabilità ma l'amministrazione non la esercita, provocando così una diminuzione del patrimonio sociale; Cass., S.U, sent. n. 17660 del 19 luglio 2013.

13 Alla stregua del combinato disposto dell'art. 103 co.2 Cost e art. 17, comma 30 ter, L. 3 agosto 2009, n. 102, (quale risulta dopo le modifiche apportate dal d.l. in pari data, n. 103, convertito con ulteriori modificazioni nella L. 3 ottobre 2009, n. 141).

amministratori di società *in house*, giungono a conclusioni opposte: la giurisdizione in caso di controversie concernenti atti contrari ai loro doveri d'ufficio con conseguenti danni per la società spetta alla Corte dei Conti.

L'assunto delle Sezioni Unite fa perno sul riconoscimento di un'anomalia caratterizzante queste società: esse mancano di qualsiasi tipo di autonomia di interesse e di gestione rispetto all'Ente controllante<sup>14</sup>. Ebbene, soggiunge la Corte, autonomia di gestione e di interesse sono caratteristiche proprie del rapporto intersoggettivo tra enti e, dunque, laddove queste vengano meno, non verrà ad esistenza alcun rapporto intersoggettivo tra Enti.

Pertanto, sottolineano i giudici di legittimità, il rapporto tra società pubblica *in house* e Pubblica amministrazione non è di alterità soggettiva; la società *in house* si configura come un'articolazione dell'amministrazione al punto da configurare il rapporto con l'Ente pubblico come rapporto unisoggettivo<sup>15</sup>. In altri termini, la società *in house*, in una prospettiva sostanzialistica, è una *longa manus* dell'amministrazione, priva delle caratteristiche necessarie per essere definita come soggetto autonomo di diritto, venendo così meno il velo della personalità giuridica<sup>16</sup>.

In conclusione, le Sezioni Unite arrivano a negare l'esistenza stessa della società *in house*, con tutte le conseguenze applicative che ciò comporta.

La prima conseguenza applicativa di queste considerazioni svolte dalla Cassazione è che gli amministratori di società *in house* sono titolari di un *munus* pubblicistico al pari di una struttura amministrativa e il loro rapporto con la Pubblica amministrazione è da qualificarsi come rapporto di servizio. A ciò si aggiunge che

---

14 Interesse non di lucro, come normalmente riscontrabile nelle società, il che già rappresenta una prima peculiarità dell'*in house*.

15 La Cassazione sembra applicare, in parte qua, al diritto amministrativo il concetto di atto unisoggettivo proprio del diritto civile (ad es. l'atto di costituzione del fondo patrimoniale).

16 Si legge nella sentenza in commento che "Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) non si realizza più in termini di alterità soggettiva".

anche il patrimonio di tali società è da considerare pubblico e destinato al soddisfacimento dell'interesse dell'Ente controllante.

Orbene, se il rapporto tra amministratori e società in house è un rapporto di servizio e il patrimonio è pubblico, questi, concludono i giudici della nomofilachia, risponderanno di danno erariale e la giurisdizione sarà del giudice contabile.

Conclusivamente, all'opposto di quanto visto per la generalità delle società pubbliche, nelle società *in house* prevale, ai fini della giurisdizione, la sostanza pubblicistica sulla forma societaria.

Ulteriori conseguenze di questa impostazione riguardano, peraltro, la natura degli atti di queste società, che sono atti amministrativi impugnabili davanti al giudice amministrativo; il potere e la discrezionalità da esse esercitata che è di diritto amministrativo, l'uno e amministrativa, l'altra; ed infine, il patrimonio di queste società che è, come già detto, da considerarsi pubblico. Vieppiù che, per le stesse ragioni di cui sopra, anche il rapporto di lavoro tra dipendente della società in house ed Ente è da considerarsi come un rapporto di impiego alle dipendenze della Pubblica amministrazione<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Anche in questo caso, sono rilevanti le conseguenze che ne derivano in specie in punto di assunzione (alla quale bisognerà procedere mediante concorso) e di retribuzione dei dipendenti (dovrebbe essere uguale a quella dei lavoratori dipendenti direttamente dalla PA).