

Azienditalia

Mensile di organizzazione, bilancio, gestione e controllo degli enti locali

ENTI LOCALI

www.edicolaprofessionale.com/azienditalia

8-9
2021

CONTRATTI E APPALTI, ORGANIZZAZIONE E SERVIZI

Affidamento in house di servizi strumentali all'assistenza sanitaria
Amministrazione digitale e strategia di gestione del patrimonio informativo pubblico

Attendibilità dei dati ed effetti distorsivi dei controlli

Responsabilità degli amministratori di società in house per spese non autorizzate

GESTIONE E ORGANIZZAZIONE DEL PERSONALE

Il Sistema Professionale come motore di innovazione e collegamento dei sistemi HR

ESPERIENZE IN ... COMUNE

TARI 2021, tra proroghe, deroghe e disallineamenti contabili: l'esperienza del Comune di Barletta

ANNO XXVIII - AGOSTO-SETTEMBRE 2021 N. 8-9 - DIREZIONE E REDAZIONE VIA DEI MISSAGLIA 97 EDIFICIO B3 20142 MILANO



REVISORE DEGLI ENTI LOCALI

di S. Pozzoli - A. Borghi

€ 45

Cod. 00244327

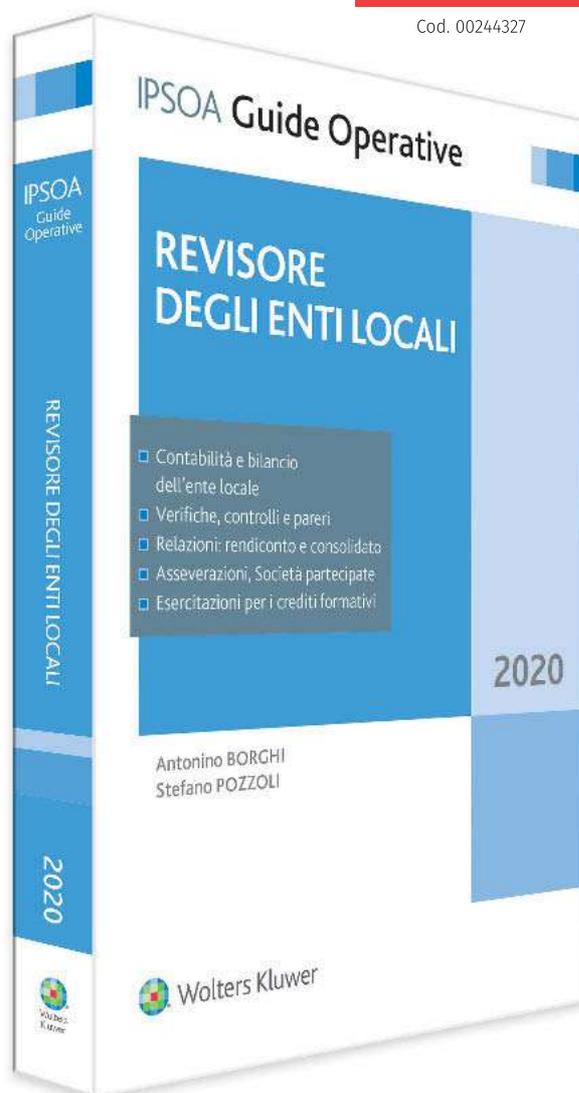
Il libro ha l'obiettivo di **dare risposte concrete alle domande di chi si confronta con la revisione degli enti locali** e che ha necessità di «sapere cosa fare» quando si trova ad esercitare tale funzione in un ente locale. Si rivolge quindi sia al revisore al suo primo incarico che al professionista più esperto.

L'impostazione è quella di una **guida pratica, schematica e molto operativa.**

La suddivisione su base tematica (bilancio, rendiconto, aziende partecipate, indebitamento, ecc.) permette una lettura molto rapida e consente di soffermarsi sui punti che interessano al momento di formulare un parere, scrivere una relazione o procedere ad una attività di audit.

Nel volume sono disponibili **oltre 200 test** utili sia per chi deve superare le prove richieste dal Ministero dell'Interno in merito ai crediti formativi che per mettere meglio a fuoco le tematiche affrontate in ogni singolo capitolo.

Il volume recepisce i **nuovi principi di revisione** per gli enti locali licenziati dalla Commissione del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili.



ACQUISTALO SUBITO



on line su shop.wki.it



info.commerciali@wki.it



Rivolgiti al tuo consulente editoriale



Nelle migliori librerie



Wolters Kluwer

When you have to be right

Y65H1CL



CONTRATTI E APPALTI

Appalti	I presupposti per l'affidamento in house di un servizio strumentale all'assistenza sanitaria di Andrea Luberti	1411
Appalti	Le cause di esclusione dalle gare pubbliche di Lorella Fogli	1416

ORGANIZZAZIONE

Controlli	Attendibilità dei dati ed effetti distorsivi dei controlli di Massimo Bianchi	1423
Amministrazione digitale	Open data, open format trasparenza e pubblicità dei dati delle Pubbliche Amministrazioni di Indra Macri	1431
Prevenzione della corruzione	La formazione quale strumento di contrasto al conflitto di interessi: la posizione della giurisprudenza di Rossana Turturiello e Nicola Dimitri Maria Porcari	1439

SERVIZI

Società partecipate	Responsabilità degli amministratori di società in house per spese non autorizzate di Iacopo Cavallini, Edoardo Rivola e Maria Orsetti	1444
----------------------------	---	-------------

FINANZA E TRIBUTI

Finanza territoriale	Novità contenute nella legge di conversione del D.L. n. 52 e nel D.L. n. 99 di Girolamo Ielo	1451
Tributi comunali e provinciali	La trasmissione e la pubblicazione delle deliberazioni regolamentari e tariffarie di Julia Dascola	1454
ICI	Accertamento fondato su delibera comunale con portata retroattiva di Salvatore Servidio	1459
TARI	Gli immobili sede di istituti pontifici sono soggetti alla tassa rifiuti di Alessandro Galante	1464
Imposta di soggiorno	Per la Corte dei conti l'albergatore non è agente contabile ma responsabile del tributo solo dall'entrata in vigore del decreto Rilancio di Federico Gavioli	1468
Sanzioni	Riscossione: esimente della causa di forza maggiore ex art. 6 del D.Lgs. 472/1997 e crisi pandemica di Isabella Buscema	1472

ORGANIZZAZIONE E GESTIONE DEL PERSONALE

Sviluppo delle risorse umane	Il Sistema Professionale come modello integrato di gestione delle risorse umane, verso il superamento del solo adempimento normativo di Stefania Tagliabue, Catia Ragonesi, Giancarlo Senatore, Giulia Mattei e Mattia Lucci	1475
Precariato	La stabilizzazione nella PA alla luce dei più recenti interventi dei giudici amministrativi di Mariangela Cistaro	1484

ESPERIENZE IN ... COMUNE

Tassa sui rifiuti	TARI 2021, tra proroghe, deroghe e disallineamenti contabili: l'esperienza del Comune di Barletta di Michelangelo Nigro	1488
--------------------------	---	-------------

FOCUS: PARLIAMO DI ...

Edilizia	Esonero totale e parziale dal contributo di costruzione di Maurizio De Paolis	1509
-----------------	---	-------------

LO SPAZIO ETICO

Viaggio nel mondo dei conflitti di interessi	Il naufragio del dottor Titanico ... ovvero della tempestosa natura del conflitto di interessi esogeno a cura di Massimo Di Rienzo e Andrea Ferrarini	1515
---	---	-------------

RUBRICHE

Rilevazioni contabili	Competenza finanziaria potenziata e contabilità economica derivata: Contabilità economico-patrimoniale e fondo pluriennale vincolato a cura di Fabio Giulio Grandis e Andrea Federici	1526
Quesiti e risposte	Giro di posta a cura di Marco Nocivelli	1539
Sintesi e commenti	Osservatorio giurisprudenziale a cura di Giancarlo Astegiano e Sara Petrilli	1541
Sintesi e commenti	Osservatorio tributi locali a cura di Girolamo Ielo	1544

DOCUMENTI IN SINTESI

Legislazione e prassi	Osservatorio normativo a cura di Francesco Bruno	1546
------------------------------	--	-------------

MEMO

Adempimenti e scadenze	L'agenda di agosto-settembre a cura di Francesco Bruno	1558
-------------------------------	--	-------------

INDICI

Indici	1568
--------	-------------

Società partecipate

Responsabilità degli amministratori di società in house per spese non autorizzate

di Iacopo Cavallini, Edoardo Rivola, Maria Orsetti - Dipartimento di Economia e Management, Università di Pisa.

Le somme stanziare dal Comune costituiscono un chiaro limite di spesa imposto dal socio pubblico alla propria società in house; mentre il riconoscimento del debito da parte degli organi dell'ente costituisce un atto dovuto, conseguente alla deliberazione di una spesa in eccesso rispetto al suddetto limite. Ferma restando l'insindacabilità delle scelte discrezionali dell'Organo Amministrativo, non si può escludere la possibilità di verificarne la compatibilità con i fini pubblici dell'ente, nonché la conformità ai criteri di economicità, congruità e razionalità dell'azione amministrativa. Tali criteri risultano violati ogniqualvolta il vincolo di spesa, posto dal socio pubblico e determinato dalla situazione finanziaria della società, non venga rispettato. Ne discende, in questi casi, l'accertamento della colpa grave dell'amministratore della società, il quale, pur essendo a conoscenza del predetto vincolo e della situazione finanziaria della società, contribuisce a una decisione che già ex ante poteva ritenersi dannosa per quest'ultima.

La difficile convivenza delle diverse fonti del diritto per la governance delle società controllate dalla PA

Una delle questioni che di frequente contribuisce a creare non poche difficoltà agli operatori è rappresentata dalla complessa definizione e dalla difficile disciplina dei rapporti tra i vari soggetti coinvolti nella *control governance* delle partecipate dalla PA.

Il tema assume particolare rilevanza nel caso delle società in controllo pubblico, di cui fanno parte, ovviamente, anche quelle totalmente partecipate dalla PA operanti in regime di *in house providing*, di cui ci occuperemo in questa sede.

Ci riferiamo, ad esempio, al fatto che a norma dell'art. 19 del TUSP, come previsto nella relazione accompagnatoria al Decreto, spetta agli uffici delle PA 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".

Tali disposizioni vanno ad aggiungersi: all'art. 147-*quater* del TUEL, che impone alle PA di dotarsi di un sistema di controllo interno dedicato a tutti gli

organismi partecipati (e, quindi, di un ufficio dedicato a implementare flussi informativi biunivoci, e a svolgere i relativi controlli); all'art. 16 del TUSP così come all'art. 192 del D.Lgs. n. 50/2016 (Codice degli appalti pubblici), i quali disciplinano a loro volta le modalità di gestione e dettano le linee per l'affidamento di servizi e per l'esercizio del controllo analogo delle società totalmente partecipate dalla PA (le c.d. *in house*).

Le predette disposizioni vedono nell'assemblea l'organo "centrale", deputato a dettare le "linee", ad approvare i documenti di programmazione delle società in controllo pubblico, oltre a controllare che la gestione sia *compliant* rispetto ad essi, a maggior ragione con riferimento a quelle operanti secondo il modello dell'*in house providing*.

È pacifico, infatti, che soprattutto nell'applicazione del controllo analogo l'assemblea ricopra un ruolo fondamentale per approvare gli atti di programmazione oltre che, tra l'altro, per esprimere il veto o, viceversa, per autorizzare le decisioni più importanti dell'Organo Amministrativo.

A ben vedere, l'attività di *control governance* da parte delle PA sui propri organismi partecipati si articola in tre tipologie, distinte a seconda del ruolo

che l'amministrazione medesima ricopre nel rapporto con tali soggetti giuridici.

Più precisamente, le tipologie in esame si distinguono nei termini che seguono:

1. attraverso Attività/Controlli in qualità di socio, tesi a orientare l'attività sociale verso le proprie esigenze pubbliche, e a controllare l'aderenza agli indirizzi impartiti e alle decisioni assunte in assemblea, oltre che ad attuare il controllo analogo;

2. attraverso Attività/Controlli in qualità di amministrazione pubblica, in forza dei quali le PP.AA. debbono conformarsi alle norme sulla detenzione delle partecipazioni e a implementare un sistema di controlli, particolarmente penetrante nel caso di "controllo pubblico" e di "in house", rivolti all'adeguatezza della *governance* e alla sua efficace attuazione;

3. attraverso Attività/Controlli in qualità di contraente, nel senso che l'Amministrazione deve garantire adeguati strumenti di verifica della corretta esecuzione del contratto lungo tutto l'arco di vigenza dell'accordo.

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.

È proprio tale "sintesi" che talvolta è assente, venendo meno quell'integrazione e quella omogeneità che quei documenti, che orientano la gestione degli organismi controllati, dovrebbero garantire.

Questa commistione tra attività dell'assemblea e operatività degli uffici comunali, con le contraddizioni che possono sorgere laddove questi non riescano a raggiungere una sintesi coerente e organica, può ingenerare "cortocircuiti" sia dal lato delle pubbliche amministrazioni socie (nel momento in cui esse devono vigilare sulle proprie controllate) che degli Organi amministrativi e di controllo degli organismi partecipati, che debbono disbrigarsi tra diverse fonti e "direttive", nella difficoltà di individuare, di volta in volta, la corretta priorità nel caso in cui esse siano in contrasto.

Nell'ambito del quadro di riferimento delineato si registrano, dunque, molteplici casi in cui gli amministratori di società partecipate (e conseguentemente anche di quelle di controllo) assolvono ai propri doveri basandosi su una legislazione frammentaria, formata da disposizioni che trovano applicazione in modo spesso non coordinato tra loro.

Tutto ciò, complice anche una "formazione" non sempre adeguata su questi temi, aumenta il rischio di commettere errori o di favorire illeciti, che a loro volta si traducono in condotte di *maladministration* intesa nell'accezione dettata dalla Legge n. 190/2012 ai fini del contrasto di fenomeni corruttivi, così come recepita da quel Piano Nazionale Anticorruzione che funge da guida per la redazione degli aggiornamenti annuali dei corrispondenti Piani di Enti pubblici ed organismi controllati. Tale accezione non si limita a prendere in considerazione il complesso dei reati contro la pubblica amministrazione, bensì "*l'assunzione di decisioni devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari*".

Occorre, cioè, avere riguardo ad atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano la "fiducia" dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse. In quest'ottica, tra l'altro, non hanno rilievo l'eventuale interesse e il potenziale vantaggio per l'Ente, diversamente peraltro da quanto prescrive il D.Lgs. n. 231/2001 ai fini dell'accertamento della responsabilità sociale di impresa: ben potendo le condotte ascritte rilevare, infatti, anche nella circostanza in cui arrechino un danno all'ente stesso.

Le disposizioni per il contenimento della spesa di gestione degli organismi partecipati

All'interno di una cornice così articolata, dove le competenze si sviluppano in modo talvolta non organico tra Organi Amministrativi delle controllate, Assemblee societarie e Uffici Comunali, favorendo anche comportamenti non corretti, occorre che siano anzitutto chiari i vincoli di stampo pubblicistico a cui devono sottostare le società a partecipazione pubblica.

A questo proposito, con l'entrata in vigore del TUSP sono venuti meno quei vincoli che imponevano alle società partecipate di orientare la propria gestione a una riduzione dei costi, in particolare quelli del personale, "orizzontale", sganciata quindi dalle dinamiche aziendali. La scelta effettuata dal Legislatore con il TUSP ha seguito in modo coerente l'abrogazione di quelle norme che stabilivano il consolidamento della spesa di personale degli Enti Locali con quella delle partecipate, con effetti, per i primi, sulla capacità assunzionale e su quella di spesa corrente.

Più precisamente, l'art. 19 del TUSP in precedenza citato, al comma 5, si preoccupa 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; non pone, però, limiti "quantitativi" in tal senso.

È pur vero, infatti, che uno dei principi cardine su cui poggia le proprie basi il TUSP è quello del contenimento della spesa; trattandosi, però, di "condizionamenti" della gestione, è altresì pacifico che - come da giurisprudenza consolidata della Corte dei conti - gli Enti Locali soci possono, nella definizione dei predetti obiettivi, prevedere anche un aumento della spesa da parte delle società in controllo pubblico. 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.

Per la Corte dei conti (1) il perseguimento di uno scopo di lucro, sancito dalla scelta stessa del modello societario ai sensi dell'art. 2247 Cod. civ., e gli obiettivi di efficienza gestionale stabiliti dal Legislatore attraverso il TUSPP deve tradursi, gioco forza, in una maggiore elasticità delle dinamiche di spesa del personale, e delle assunzioni in particolare. 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".

Ne consegue il riconoscimento, sul piano della legittimità, di obiettivi declinati attraverso previsioni di incremento dei costi di funzionamento, ivi compresi quelli del personale.

Ciò non toglie che, come sottolineato dalle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti (2), sia necessario, nei piani di revisione periodica, esplicitare le motivazioni per le quali si ritiene che i costi del personale - come in generale quelli di funzionamento - non necessitino di interventi di contenimento (come da parametro di riferimento ex art. 20, comma 1, lett.

f), TUSP), anche tenendo conto dei livelli retributivi del mercato in cui opera la società, al fine di rendere quanto più possibile coerenti le politiche stipendiali aziendali.

Il successivo comma 6 del più volte citato art. 19, come anticipato sopra, completa a sua volta il precepto, prescrivendo che, dal canto loro, 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 vi sono altre disposizioni - salvo quelle riferite ai compensi degli amministratori - che impongano limiti diretti di spesa vincolando la gestione delle società in controllo pubblico; mentre per quelle "semplicemente" partecipate vige una sostanziale libertà di azione al riguardo, dato che esse non rientrano nel perimetro di applicazione del più volte citato art. 19.

Ne deriva uno *spartiacque* netto tra controllo pubblico e semplice "partecipazione", che fa da sfondo a buona parte delle disposizioni contenute nel TUSP, ma anche a quelle in materia di antiriciclaggio e di prevenzione della corruzione.

La carente vigilanza delle PA sui propri organismi in house: prassi ed effetti

Il contesto giuridico in cui si sviluppano le tematiche oggetto di analisi è di estrema attualità: in particolar modo per le società *in house*, visto anche che il loro assoggettamento alla giurisdizione della Magistratura contabile è ormai pacifico a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 12 del TUSP; su queste concentreremo, pertanto, la nostra attenzione.

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*.

(1) Cfr., *ex multis*, la Sezione regionale della Liguria, Deliberazione 8/9/2017 n. 80.

(2) Relazione n. 19/SSRRCO/2020.

Può puntualizzarsi, altresì, che l'art. 12 del TUSP non opera alcuna individuazione né delimitazione del profilo soggettivo delle figure che possono essere chiamate a rispondere di fronte alla Corte dei conti per aver cagionato un "danno erariale" per come esplicitamente delineato dal legislatore.

In particolare giova evidenziare 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 (Codice Appalti) non rappresenta un genere di controllo meramente formale sulla Società partecipata, limitato alla nomina degli Amministratori; bensì, 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".

Tale assunto è peraltro in linea con quanto dispone l'art. 2, comma 1, lett. c) del TUSPP, 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".

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 PPAA 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*.

Allo stesso modo, in aderenza con il richiamato art. 12, sono altresì passibili di responsabilità 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 non hanno adottato i provvedimenti di cui all'art. 19, o che dopo averli assunti omettano di vigilare sulla loro attuazione, oppure che non esercitino le prerogative implicite nel concetto di "controllo analogo".

La giurisprudenza, nel corso degli ultimi anni, ha consolidato un orientamento piuttosto repressivo al riguardo.

Non potendo per ragioni di spazio, in questa sede, procedere con una trattazione analitica dell'intera casistica, ci limiteremo a prendere in considerazione alcune vicende particolarmente rappresentative affrontate dalla Corte dei conti, il cui perimetro è sufficientemente ampio da consentire una ricostruzione di sintesi degli orientamenti che si sono consolidati nel corso del tempo su aspetti di attualità.

La magistratura contabile (3) ha chiarito che le condotte omissive di Sindaci, Segretari comunali, Responsabili "Finanziari", Responsabili di servizi nonché dei membri del Collegio dei Revisori dei conti di 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. L'inadeguatezza degli strumenti e delle metodologie di controllo interno da adottare ai sensi degli artt. 147, e seguenti, del D.Lgs. n. 267 del 2000, a sua volta, rappresenta una delle cause ulteriori più frequenti da cui possono scaturire profili di responsabilità.

Per la Corte dei conti (4), infatti, 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) produce un'irregolarità che può condurre all'irrogazione, agli amministratori responsabili, di 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).

La verifica, da parte della Sezione di controllo, della non puntuale esecuzione degli obblighi posti in tema di controllo può portare, secondo le regole generali, anche alla segnalazione di 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).

(3) Cfr., *ex multis*, Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio, Sentenza n. 4 del 10 gennaio 2017.

(4) Cfr. ad esempio la Deliberazione 2 luglio 2018, n. 199 della Sez. regionale di controllo per la Lombardia.

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 (5).

Nel caso del *controllo analogo*, sovente si verifica già di per sé la 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.

L’abuso di etero-direzione causa, altresì, l’inosservanza 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.

La mancata osservanza da parte degli organismi in house dei limiti di spesa dettati dalle PA: esemplificazioni di condotte a rischio

Abbiamo evidenziato che le condotte omissive sono atte a produrre conseguenze in termini di responsabilità per gli Uffici degli Enti Locali preposti per la mancata applicazione del comma 5 del TUSP. A questo riguardo, tuttavia, l’ambito che qui rileva è quello degli effetti sugli Organi di amministrazione e di controllo delle società controllate, nel caso in cui queste non si adeguino a quanto prescrive il comma 6 del citato art. 19 del TUSP.

Più precisamente, il comma citato 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”.

In linea generale, non attenersi agli atti di *control governance* adottati dalle Amministrazioni socie, indipendentemente dalla loro tipologia e natura - variabili, come abbiamo visto, in ragione delle diverse competenze di Assemblee e/o Uffici Comunali - può facilmente portare all’accertamento di responsabilità amministrativo-contabile in capo ad amministratori e sindaci delle “controllate”, a maggior ragione di quelle operanti in regime di *in house providing*.

Le Sezioni Unite Civili della Corte Cassazione (Sentenza n. 4132 del 12 febbraio 2019) sono intervenute, ad esempio, per delineare la responsabilità degli amministratori pubblici sulle società partecipate *in house*, ovvero quando il socio pubblico ha colpevolmente esercitato i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione.

Si tratta, nel caso di specie, di una situazione nella quale la responsabilità per danno erariale può essere accertata in capo agli amministratori di una *holding* piuttosto che in capo a quelli dell’Ente locale socio, a seconda della presenza dell’*in house providing* o meno. Trattasi, in concreto, di un finanziamento effettuato dalla capogruppo, e approvato dall’Assemblea, in favore della partecipata (al 100%) a titolo di aumento in conto futuro del capitale sociale.

La motivazione su cui si è fondata la Cassazione nella sentenza sopra richiamata, per sancire la sussistenza di un danno patrimoniale da parte del delegato del Sindaco di un Comune che, esercitando i poteri spettanti a quest’ultimo quale rappresentante dell’ente, aveva arrecato, deliberando l’operazione, un danno patrimoniale all’ente stesso, è di seguito riportata in forma sintetica.

Il finanziamento è atto contrario ai principi di buona amministrazione poiché, esisteva una relazione tra gli utili maturati e distribuiti dalla *Holding* e la possibile esistenza di un danno per il Comune da minori entrate a tale voce connessa, anche a prescindere dalla qualifica della società come *in house*.

Ciò posto, la Cassazione evidenzia che la responsabilità nel caso in esame è stata imputata al Sindaco dell’Ente Locale socio ma solo in quanto la decisione contestata è stata presa dall’Assemblea, e la società (*holding*) non operava secondo il modello dell’*in house*. Diversamente sarebbero stati gli amministratori della *holding* stessa a risponderne, ed è per tale ragione che la condotta da cui è scaturito il procedimento avviato dalla Corte dei conti assume rilievo ai fini della presente trattazione.

(5) Cfr. Cass., SS.UU., 13 settembre 2018, n. 22406.

Una delle ipotesi che possono trovare frequente applicazione, e da cui derivano rischi importanti sul piano della responsabilità per danno erariale degli Organi di amministrazione e controllo delle società partecipate, operanti in regime di *in house providing*, è quella degli atti liberali o gratuiti posti in essere.

È evidente che l'eventuale atto liberale o gratuito, estraneo all'oggetto sociale, pur rimanendo valido (anche *ex art.* 2384 Cod. civ.), sia di per sé suscettibile d'essere eventualmente sanzionato tramite le azioni civilistiche poste a presidio delle prerogative della società, dei soci e dei creditori sociali (artt. 2393, 2394 e 2395 Cod. civ.). Tali fattispecie, tuttavia, sono altresì idonee a configurare un danno erariale che, a sua volta, può essere posto in essere sia dagli Amministratori delle *in house*, che dagli Organi degli Enti Locali soci. Si tratta, in effetti, di condotte che paiono in astratto idonee a provocare diminuzioni patrimoniali qualificabili - ricorrendone le condizioni - in termini di danno erariale, secondo la nozione ora accolta dall'art. 12, comma 2 del TUSP, rilevanti 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).

Orbene, precisa la Corte dei conti, la discrezionalità d'azione non può ridondare in forzature nell'impiego dello strumento societario a fini non intrinsecamente propri, e ciò comporta la necessità che eventuali interventi di "liberalità" possano essere attivati solo laddove funzionali al raggiungimento dello scopo sociale e, nel caso delle società in controllo pubblico, se previsti negli strumenti di programmazione. I soci, a loro volta, sono tenuti a vigilare il rispetto di tali "regole di ingaggio", se vogliono esimersi da eventuali profili di responsabilità per omessa vigilanza (6).

La norma tipicizza pertanto comportamenti giuridicamente non perseguibili, se contenuti nei limiti di legge, ma **non autorizza ad libitum spese che non trovano adeguata motivazione.**

A questo riguardo anche le assunzioni di personale, di per sé ovviamente lecite, non sono tali in base al mero presupposto che la norma non le esclude, in quanto rimane operante il più generale principio di buona amministrazione e di sana gestione economico-finanziaria.

In buona sostanza una società a partecipazione pubblica non può deliberare una spesa, ancorché trovi copertura in bilancio, se non effettivamente necessaria

(cioè dettata dall'esigenza di esercitare le funzioni, i servizi e i compiti attribuiti) e, conseguentemente, economicamente non dannosa pur comportando un aggravio di costi.

Nella fattispecie esaminata dalla Corte dei conti (7), pertanto, 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.

Conclusioni: i principi fondamentali che devono guidare gli amministratori delle in house nell'assumere decisioni di spesa

Come abbiamo avuto modo di precisare, è fondamentale che gli amministratori delle *in house* fondino le decisioni di spesa sugli strumenti di programmazione economico-finanziaria, adottati o comunque autorizzati dai soci pubblici in sede assembleare oppure contenuti nei provvedimenti di cui all'art. 19, comma 5 del TUSP.

È inoltre evidente, a monte, la necessità di conciliare e di allineare detti strumenti in modo da evitare sovrapposizioni o indicazioni contrastanti che renderebbero, come purtroppo spesso accade, sin troppo complesso per gli Organi amministrativi delle società in questione disbrigarsi nella conduzione della gestione.

Ciò posto, tuttavia, il rischio concreto e attuale che corrono gli amministratori delle società *in house* è quello di discostarsi da tali previsioni, agendo in contrasto rispetto ad esse.

La recente Ordinanza, SS.UU. n. 614 della Cassazione civile contribuisce a far chiarezza, esprimendo in modo lineare l'orientamento cui fare riferimento. La Corte adita ha ritenuto provato il danno, rilevando che la somma stanziata da un Comune socio costituisce un chiaro limite di spesa imposto dal socio pubblico alla società *in house*, mentre il riconoscimento del debito da parte degli organi dell'ente detentore delle partecipazioni costituisce invece un atto dovuto in conseguenza della deliberazione della spesa in questione.

(6) Sezione regionale di controllo per la Lombardia, Deliberazione n. 223/2018/PAR.

(7) Sezione giurisdizionale per il Lazio, Sentenza n. 135/2016.

La Corte ha precisato, inoltre, che l'insindacabilità delle scelte discrezionali dell'amministrazione non esclude la possibilità di verificarne la compatibilità con i fini pubblici dell'ente, nonché la conformità ai criteri di economicità, congruità e razionalità dell'azione amministrativa, affermando che nel caso di specie tali criteri risultano violati in considerazione dei vincoli di spesa posti dal socio pubblico, oltre che della situazione finanziaria della società.

La Cassazione ha ritenuto altresì sussistente la colpa grave dell'amministratore della *in house*, il quale, pur essendo a conoscenza del predetto vincolo e della situazione finanziaria della società, aveva contribuito a una decisione che già *ex ante* poteva ritenersi dannosa per quest'ultima.

È ben noto (8) che il limite dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali dell'amministrazione non priva 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.

Infatti, indipendentemente dallo stato di crisi in cui potrebbero versare, il "disequilibrio economico" nella gestione di società partecipate rappresenta un presupposto della responsabilità amministrativa.

Resta inteso che le peculiarità normative, unite anche alla variegata casistica presa in esame dalla giurisprudenza, non permettono, in definitiva, di fornire risposte univoche se non previa analisi del caso concreto.

(8) Cfr. ad esempio Corte dei conti, Sezione prima giurisdizionale centrale di appello, n. 409/2018.